



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852 Cilt/Volume: 3 Sayı/No: 1-2 HAZİRAN-ARALIK/June-December 2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Ankara 2025

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

DERGİ KURULLARI

Editörler

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Kürşat GÖKTÜRK (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. A. İbrahim AKKUTAY (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Yardımcı Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Burcu BAYTEMİR KONTACI (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Dr. Öğr. Üyesi Aybike TUNÇ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Arş. Gör. Dr. Azime Ayça KAHRAMAN (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kürşat GÖKTÜRK (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. H. Reyhan DEMİRCİOĞLU (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. A. İbrahim AKKUTAY (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Başkent Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mertol CAN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Yücel ACER (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK (Medipol Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. H. Reyhan DEMİRCİOĞLU (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Teknik İletişim

Dr. Öğr. Üyesi Burcu BAYTEMİR KONTACI (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Ankara

Basım Tarihi: Mart 2025

Yayın Türü: Süreli Yayın • **ISSN: 2792-0852**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

İletişim Bilgisi: hukuk.karardergi@hbv.edu.tr

AMAÇ VE KAPSAM

Bilimsel araştırmalar ve incelemeler, araştırmanın ve incelemenin yapıldığı alanın ihtiyaçlarına göre şekillenmektedir. Zira bilimsel araştırma ya da inceleme yapmanın amacı söz konusu bilim alanının daha etkin bir şekilde işlemlerini sağlamının yanında yapılan yanlışların giderilmesidir. Bu amaçla eleştiri ve öneriler büyük rol oynamaktadır.

Hukuk disiplini de normatif bir bilim dalı olarak kendine özgü özelliklere sahiptir. Hukuk, toplumsal ihtiyaçların giderilmesini sağlamak için kural ve normlar ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu kural ve normların etkin bir şekilde işleyişi de büyük ölçüde uygulayıcıların elindedir. Uygulayıcılar birincil kaynak niteliğindeki pozitif hukuk düzenlemelerini yorumlayıp farklı uygulamalar oluşturabilmektedir.

Hukuk alanında yapılan bilimsel çalışmalar da esas olarak bu uygulamalar üzerine temellendirilmektedir. Bilimsel bir makalede mevcut pozitif hukuk kuralları ile toplumsal normlar ve ihtiyaçlar ortak bir paydada buluşturulmakta; bunun ekseninde farklı veya benzer görüşler ortaya konularak hukuk kural ve normlarının olması gerektiği şekliyle uygulanmasına katkı sağlanmaktadır.

Hukuk kurallarının uygulanmasının en önemli aktörleri “yargı organlarıdır”. Yargı organları gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde mevcut hukuk kurallarını, önüne gelen somut olaya, hukuki yorum araç ve yöntemleri aracılığıyla uygulamaktadırlar. Bu anlamda içtihatlar ortaya çıkmakta ve hukuk düzeninde bir yardımcı kaynak olarak da yer almaktadır.

İçtihatların hukukun temel hedefi olan adalet ve eşitliği sağlayabilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte pek çok karar aynı veya benzer konularda farklılık gösterebilmektedir. Söz konusu farklılıkların her zaman ulaşılabilir olması mümkün değildir. Bunu sağlayabilmenin yollarından birisi de bilimsel eleştiri ve önerilerdir. Bir başka ifadeyle hukukun bir başka yardımcı kaynağı olan doktrinin yargı kararları özelinde eleştirilerini ve önerilerini sistematik bir biçimde ortaya koyabilmesi gerekmektedir.

Bahse konu eleştiri ve önerilerin bir bilimsel makale içerisinde yer almasının mümkün olduğu düşünülebilir. Bu düşünce yanlış bir düşünce de değildir. Bununla birlikte eksik bir düşüncedir. Yani bilimsel makaleler yalnızca incelenen konuyla ilişkili olduğu ölçüde yargı kararlarına yönelik sınırlı bir değerlendirmede bulunabilmektedir.

İşte mevcut eksikliğin giderilebilmesi ve hukuk uygulamalarının etkinliğine katkı sağlanabilmesi için hukukun iki yardımcı kaynağından birisi olan doktriner düşüncenin yargı kararları üzerinde daha fazla ortaya çıkarılması adına bir “karar incelemeleri dergisi”nin akademiye kazandırılması yalnızca bir ihtiyaç değil zarurettir. Karar İncelemeleri Dergisi” bu amaçlarla yayın hayatına başlamayı hedeflemektedir.

Dergi’de yayımlanacak karar incelemelerinin nitelikli olması gerekmektedir. Bu sebeple yazarlardan araştırma makalesi niteliğinde eserler hazırlamaları beklenmektedir.

Eserlerin hakem denetimi, çift kör hakemlik sistemi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

Bu bağlamda, Karar İncelemeleri Dergisi (KİD), “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki kez Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.

Dergi’de kesinleşmiş yargı kararları incelemeye konu edilebilir.

Dergi’de yayımlanacak eserler Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca olarak kaleme alınabilir. Dergi’ye gönderilen karar inceleme çalışmalarının; karara konu olay, hukuki sorunlar, mercilerin konu hakkındaki kararları ve değerlendirmeler şeklindeki bölümlene ve sıralamaya uygun hazırlanması önerilir.

YAZIM KURALLARI

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ (KİD) YAZIM KURALLARI

1. Dergi'ye gönderilen çalışmaların, bu metinde yer verilen kurallara uygun olarak hazırlanması zorunludur. Bunlara uyulmaması halinde, Editör Kurulu yazının ilgili kurallara uygun şekilde yeniden düzenlenmesini talep edebilir.
2. Dergi'ye gönderilen çalışmaların, Türkçe ise Türk Dil Kurumu'nun belirlediği yazım kurallarına, İngilizce, Almanca veya Fransızca ise o dillerin genel yazım kurallarına uygun olması gerekmektedir.
3. Dergi'ye gönderilen çalışmanın Türkçe veya İngilizce dışında bir dilde kaleme alınması halinde, hem yazıldığı dilde başlık, özet ve anahtar kavramlar hem de Türkçe ve İngilizce başlık, özet ve anahtar kavramlar içermesi gerekmektedir.
4. Belge Biçimi ve Yazı Karakteri:
 - a. Dergi'ye gönderilen eserler, "Microsoft Word" programında ve "Times New Roman" yazı tipi karakterinde, 12 punto harf boyutunda olmalıdır.
 - b. Dipnotlar tek satır aralığı ile Times New Roman 10 punto, normal stille sayfa sonunda verilir.
 - c. Paragraflar arasında veya başlıkların öncesinde ya da sonrasında tek satır boşluk bırakılmamalıdır.
 - d. Dergi'ye gönderilen eserler, Latin harfleri kullanılarak yazılmış olmalıdır.
5. Eser İçeriği ve Kelime Sınırları:
 - a. Dergi'ye gönderilen eserler; başlık (Türkçe ve İngilizce), yazar bilgisi, özet (Türkçe ve İngilizce), anahtar kavramlar (Türkçe ve İngilizce), metin, dipnot ve kaynakça içermek zorundadır.
 - b. Başlık; büyük harflerle, kalın (koyu) ve ortaya hizalı şekilde yazılmalıdır. Yine, aynı şekilde yazılmış İngilizce bir başlık da Türkçe

özetten sonra ve İngilizce özetin (“Abstract”) üzerinde yer almalıdır.

- c. Türkçe “Özet” ve İngilizce “Abstract” bölümlerinin, en az 100’er en fazla 200’er kelime olması gerekmektedir.
- d. Yazar isterse çalışmasına, Türkçe ve İngilizce başlık ve özetlere ek olarak, Almanca veya Fransızca başlık ve özet de ekleyebilir.
- e. Anahtar kavramların sayısının en az 3, en fazla 5 olması gerekmektedir. Anahtar kavramların İngilizcelerine (“Keywords”) yer verilmesi zorunludur.
- f. Dergi’ye gönderilen eserlerin metin bölümünün 40 sayfayı ve 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir. Başlık, özetler ve kaynakça bu kelime sınırına dâhil değildir.
- g. Dergi’ye gönderilen karar inceleme çalışmalarının metin bölümünde; karara konu olay, hukuki sorunlar, mercilerin konu hakkındaki kararları ve değerlendirmeler şeklindeki bölümlere ve sıralamaya uygun hazırlanması önerilir.
- h. “ÖZET”, “ABSTRACT”, “Anahtar Kavramlar” ve “Keywords” ifadeleri italik ve kalın (koyu) şekilde yazılmalıdır. Özet metinleri ve anahtar kavramlar ise italik şekilde yazılmalıdır.

6. Başlık Biçimi:

a. Başlıklarda derecelerine göre aşağıdaki işaretlemeler kullanılmalıdır:

- (1) Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);
- (2) İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);
- (3) Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- (4) Dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.);
- (5) Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır.

- b. Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- c. “Giriş” ve “Değerlendirme” isimli başlıklar numaralandırılmamalıdır.
- d. Bütün başlıklar, 12 punto ve kalın (koyu) şekilde yazılmalıdır.

7. Atıf Yöntemi:

- a. Aşağıda detayları belirtilen atıf yönteminde bir kural bulunmayan hallerde, OSCOLA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir. Bu atıf yöntemine ilişkin detaylı bilgi şu adresten erişilebilir: www.law.ox.ac.uk/oscola
- b. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
- c. Çalışmalarda, kısaltmalar cetveline yer verilmesi gerekmemektedir.
- d. Yararlanılan kaynaklar dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:

(1) Kitaplar:

Yazarın Adı Soyadı, Kitap Adı, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yer, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek:

Rıza Ayhan, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 89.

(2) Editörlü Kitap Bölümleri:

Yazarın Adı Soyadı, “Eser (Bölüm) Adı” in Editörün(lerin) Adı Soyadı (ed./eds.), Kitap Adı, Yayınevi, Yıl, Sayfa Aralığı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek:

İzzet Özgenç/Burcu Baytemir Kontacı, “Yolsuzluk Olgusu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu: Uluslararası Örgütlerin İzleme ve Denetleme Mekanizmalarının ‘Şeffaflığın’ ve ‘Hesap Verilebilirliğin’ Sağlanmasındaki Rolü” in İzzet Özgenç/Cumhur Şahin/Faruk Turhan (eds.), 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri – Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, 281-302, s. 290.

(3) Makaleler:

Yazarın Adı Soyadı, “Makale Adı”, Dergi Adı, Yıl, Cilt (Sayı), Sayfa Aralığı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek:

Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, 19(2), 283-294, s. 287.

(4) İnternet Ortamında Bulunan Kaynaklar:

Yazarın Adı Soyadı, Çalışmanın Başlığı, Dergi Adı, Yıl, Cilt (Sayı), Sayfa Aralığı, , Erişim Tarihi: Gün.Ay.Yıl.

Örnek:

Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimarı”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 31-59, s. 35, Erişim Tarihi: 15.11.2021.

(5) İnternet Siteleri ve Bloglar:

Eğer belirli bir yazarı bulunmayan bir sayfaya atıf yapılacaksa, yazarsız bir çalışmaya yapılan atıflarda olduğu gibi, ilgili sayfanın başlığına atıf yapılarak başlanır. Yine, internet sitesinde yayınlanma sayfası yoksa, yalnızca erişim tarihi verilir.

Yazarın Adı Soyadı (varsa), “Başlık” (İnternet Sitesi Adı, Yayın Tarihi (varsa)), Erişim Tarihi: Gün.Ay.Yıl.

Örnek:

Sarah Cole, “Virtual Friend Fires Employee” (Naked Law, 1 May 2009), Erişim Tarihi: 19.10.2021.

(6) Mahkeme Kararları:

Mahkeme kararı atıflarında, kimi zaman ilgili mahkemelerin kendi kararlarına nasıl atıf yapılacağına ilişkin kılavuz ve kuralları bulunmaktadır. Atıf yapılacak kararlarda, eğer varsa bu kurallara uyulması zorunludur. Eğer böylesi kurallar bulunmuyorsa, aşağıdaki usulde atıf yapılır.

Mahkeme ve Daire Bilgileri (kısaltma kullanılabilir), (varsa) Dava Adı, Karar Sayısı, Karar Tarihi, (basılmış/yayınlanmış ise) Basım/Yayın Bilgileri.

Örnekler:

YCGK, 2015/1180 E., 2019/707 K., 10.12.2019.

AİHM, A.A. and Others v. Sweden, no. 14499/09, § ..., 28 June 2012.

e. Birden fazla yazar veya editörün bulunduğu eserlere atıf yapılırken, yazar veya editör ad ve soyadlarının arasına “/” noktalama işareti konulur.

f. Atıf yapılan bir esere yapılacak sonraki atıflar şu şekilde yapılır:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek:

Ayhan, s. 90.

g. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek:

Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, Kâr Payı, s. 100.

8. Kaynakça:

a. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, “ilk satır asılı” şekilde sıralanmalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir.

Örnekler:

Ayhan R, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007.

Şahin C, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, 19(2), 283-294.

b. Yararlanılan yargı kararlarına “Kaynakça”dan sonra “Kararlar” başlığı altında ayrıca yer verilmelidir.

9. Yazar Bilgileri:

a. Makaleler gönderilirken yazar bilgileri başlığın altında sağa hizalı şekilde yazılmış yazar isminin yanına yıldızlı dipnot konularak aşağıdaki

formatta verilmelidir.

b. Yazarın kurum bilgileri açık ve eksiksiz olmalıdır. Üniversite ve Fakülte/Müdürlük adreslerinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır.

- Yazar akademisyen ise:

Unvanı, Çalıştığı Üniversite ve Anabilim Dalı, Şehir, Ülke, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

- Yazar akademisyen değilse:

(Varsa) Akademik unvanı, Uzmanlık Alanı, Çalıştığı Kurum, Şehir, Ülke, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

- Yazar serbest avukatsa:

Avukat, Bağlı Olduğu İl Barosu, Şehir, Ülke, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Örnekler:

Serdar TALAS*

Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye, e-posta: ... @istanbul.edu.tr.

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Dr., Anayasa Hukuku, T.C. Sayıştay, Ankara, Türkiye, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Avukat, Ankara Barosu, Ankara, Türkiye, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ (KİD) ETİK İLKELERİ

I. Dergi Yayın Etiği

1. Karar İncelemeleri Dergisi (KİD), ulusal ve uluslararası düzeydeki akademik ilke ve etik değerlere bağlı bir yayın politikası izlemektedir. Bu bağlamda, Yükseköğretim Kurulu tarafından Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'nde ve Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi tarafından Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Yayın Yönergesi'nde belirlenen esasların yanı sıra, uluslararası geçerliğe sahip COPE (Committee on Publication Ethics), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından ortaya konulan standartlar da Dergi'nin yayın politikasının esaslı unsurlarını teşkil etmektedir. Yayın etiğine ilişkin diğer ulusal veya uluslararası yönerge veya standartlar, yukarıda belirtilenlerle çelişmediği sürece, Dergi tarafından geçerli kabul edilmektedir.

2. Dergi bünyesinde gerçekleşen yayın değerlendirme süreci öncesinde, sırasında yahut sonunda, ilgili esaslara ve/veya standartlara aykırı olduğu objektif olarak tespit edilen eserlerin yayın talepleri reddedilir. Dergi'de yayımlanmış eserler bakımından böylesi bir tespitin yapılması halinde, ilgili eser yayından kaldırılır.

II. Editör Kurulunun Yükümlülükleri

1. Dergi'de görevli editörler ve yardımcı editörler; her türlü önyargıdan uzak, objektif ve tarafsız bir şekilde görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür.

2. Dergi'de görevli editörler ve yardımcı editörler; görevlerinin gerektirdiği ölçüde gizlilik içerisinde hareket etmekle yükümlüdür.

3. Dergi'de görevli editörler ve yardımcı editörler; Dergi'ye ilişkin her türlü iş ve işlemde tam iş birliği içerisinde hareket eder. Bu iş birliğinin özünü, Dergi bünyesinde adil görev dağılımı yapılması oluşturmaktadır.

III. Eser Sahiplerinin Yükümlülükleri

1. Eserlerinin Dergi'de yayımlanmasını isteyen eser sahipleri, 5846

sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine ve yukarıda anılan ulusal ve uluslararası esas ve standartlar ile Dergi tarafından kabul edilen diğer esas ve standartlara uymakla yükümlüdür.

2. Dergi’de kesinleşmiş yargı kararları incelenebilir. Eser sahipleri incelemeye konu ettikleri yargı kararının bu niteliği taşıdığını taahhüt etmiş kabul edilir.

3. Eser sahipleri yayımlanmak üzere Dergi’ye gönderdikleri eserlerini ilgili hükümlere, esaslara ve standartlara uygun olarak hazırladıklarını taahhüt etmiş kabul edilirler.

IV. Hakemlerin Yükümlülükleri

1. Hakemler, Dergi veya Dergi’nin yetkili kıldığı birimler tarafından kendilerine gönderilen eserlerin eser incelemesini dikkatlice ve ivedilikle yerine getirir; eser değerlendirmesini uzmanlık alanlarına uygun olarak, tarafsız ve adil bir şekilde yapar.

2. Hakemler, değerlendirdikleri eserlerde akademik ilke ve etik değerlere, ulusal veya uluslararası esas veya standartlara aykırılık tespit ettiği takdirde, Dergi Editör Kurulu’nu derhal bilgilendirmekle yükümlüdür.

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ (KİD) YAYIN POLİTİKASI

1. Karar İncelemeleri Dergisi (KİD), “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki kez Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.

2. Dergi’de kesinleşmiş yargı kararları incelemeye konu edilebilir. Dergi’ye gönderilen kararın bu niteliği taşıdığını, yazar taahhüt etmiş sayılır.

3. Dergi hakemli dergi statüsünde olduğundan, Dergi’de sadece hakem denetiminden geçen eserler yayımlanır.

4. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlıdır. Dergi, ulusal standartlara ve kendi Etik İlkeler’ine ek olarak, Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayımlanan etik yayıncılık ilkelerini de benimser.

5. Dergi’de yayımlanacak eserler Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca olarak kaleme alınabilir. Dergi’ye gönderilen karar inceleme

alışmalarının; karara konu olay, hukuki sorunlar, mercilerin konu hakkındaki kararları ve değerlendirmeler şeklindeki bölümlleme ve sıralamaya uygun hazırlanması önerilir.

6. alışmalar Dergi'ye, Dergi'nin kurumsal e-posta adresi (hukuk.karardergi@hbu.edu.tr) zerinden gönderilir.

7. Dergi'ye yayımlanmak üzere gönderilen eserler; zgn nitelikte, başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar tarafından eserin gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

8. Dergi'ye yayımlanmak üzere gönderilen eserlerin Dergi'nin "Yazım Kuralları"na uygun olması gerekmektedir. Yazım Kuralları'nda detayları belirtilen atıf yönteminde bir kural bulunmayan hallerde, OSCOLA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir. Bu atıf yöntemine ilişkin detaylı bilgi şu adresten erişilebilir: www.law.ox.ac.uk/oscsla.

9. Yazarlar, eserlerinin dergiye gönderdikleri hâliyle "basıma" hazır olduğunu kabul etmiş sayılır. Her bir çalışma, editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından değerlendirmeden geçirilir. Yapılan incelemede, bilimsellik ölçütlerine veya Dergi için öngörülen yazım kurallarına uymadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışı içerdiği tespit edilen eserler editörler tarafından geri çevrilir. Bu inceleme kapsamında intihal programında tarama da yapılır.

10. Eserlerin hakem denetimi, çift kör hakemlik sistemi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Editör kurulunca n değerlendirmesi yapılan eserler, kr hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

11. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde, üçüncü bir hakem değerlendirmesine başvurulur. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanmayan metinler yazarına geri gönderilmez ve durum hakkında yazara bilgi verilir.

12. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin nerisi

doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir.

13. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve bu görüşlere ilişkin sorumluluk yazara aittir.

14. Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm eserler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı, uygunsuzluklar içeren eserler de dahildir.

15. Yayımlanmak üzere kabul edilen eserlerin, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları; basılı, görsel, işitsel, sayısal gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.

Yapılacak atıflarda derginin adı KİD şeklinde
kısaltılacaktır.

Cite as KID

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Cilt: 3 HAZİRAN-ARALIK 2024 Sayı: 1-2

İÇİNDEKİLER

Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Bağlamında İki Güncel Sorun: Çerçeve Hüküm ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Suç ve Ceza İhdas Edilmesi (AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, 4.5.2017) Abdulkadir ÇADAK	1-28
Terk Suçu (TCK M. 97) ve Sonuçları Bakımından Mahkûmiyet Hükümünün Belirlenmesine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi: Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.11.2022 Tarih ve E.2020/466, K.2022/709 Sayılı Kararı Çağatay KORUCAN	29-60
12-15 Yaş Aralığındaki Çocuklar Arasında Gerçekleşen Cinsel İlişkilerin ve Bunların Kayda Alınmasının Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04.10.2022 Tarihli ve E. 2020/174, K. 2022/602 Sayılı Kararı Yusuf ÖZEL	61-90
Suçun Cezayı Artıran Nitelikli Hallerinde Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme Yargıtay CGK 2020/1-433 E., 2023/28 K., 26.01.2023 M. Emre TULAY	91-102

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Vol: 3 JUNE-DECEMBER 2024 No: 1-2

C O N T E N T S

Two Current Problems Within The Context Of The Principle Of Legality In Crime And Punishment: Framework Provision And Creating Crime And Punishment By Presidential Decree (TCC, E. 2015/41, K. 2017/98, 4.5.2017)

Abdulkadir ÇADAK1-28

Review Of The Judicial Court Decision On The Determination Of The Sentence Of Conviction In Terms Of Abandonment Offence And Its Consequences: Decision Dated 09.11.2022 And Numbered E. 2020/466, K. 2022/709

Çağatay KORUCAN29-60

An Evaluation Of Sexual Intercourses Between Children That Are Between the Ages of 12 and 15 and of the Recording of Such Intercourses In Terms of Criminal Law: The Decision of the General Assembly of Criminal Chambers of the Court of Cassation, Dated 04.10.2022, Numbered E. 2020/174, K. 2022/602

Yusuf ÖZEL61-90

An Evaluation on the Effect of the Error on the Criminal Responsibility In the Qualified Conditions of the Crime Increasing The Penalty Criminal General Assembly of the Court of Cassation 2020/1-433 E., 2023/28 K., 26.01.2023

M. Emre TULAY91-102



KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852 Cilt/Volume: 3 Sayı/No: 1-2 HAZİRAN-ARALIK/June-December 2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ BAĞLAMINDA İKİ GÜNCEL SORUN: ÇERÇEVE HÜKÜM VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİYLE SUÇ VE CEZA İHDAS EDİLMESİ (AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, 4.5.2017)

*Two Current Problems within the Context of the Principle of
Legality in Crime and Punishment: Framework Provision and
Creating Crime and Punishment by Presidential Decree (TCC,
E. 2015/41, K. 2017/98, 4.5.2017)*

Abdulkadir ÇADAK*

ÖZET

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin unsurlarını oluşturan alt ilkeler mevcuttur. Belirlilik, öngörülebilirlik, kıyas yasağı ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilememesi bunlardan bazılarıdır. Bu ilkeler, bireylerin davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirebilmesi ve bu sayede cezalandırılma korkusundan uzak kalması için birer güvence işlevi görmektedir. Ne var ki bu ilkelerin her zaman uygulandığı veya doğru uygulandığı söylenemez. Belirlilik, öngörülebilirlik

* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, E-posta: abdulkadir.cadak@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7621-9509.

* Atıf Şekli / Cite As: Çadık Abdulkadir, “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Bağlamında İki Güncel Sorun: Çerçeve Hüküm ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Suç ve Ceza İhdas Edilmesi (AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, 4.5.2017)”, KİD, 3(1-2), 2024, s.1-28.

* İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilememesi, zaman zaman ihlal edilen prensiplerdendir. Bu prensibin ihlali olarak değerlendirilmesi gerekip gerekmediği tartışılan konulardan biri çerçeve hüküm meselesidir. Bu çalışmada da Anayasa Mahkemesinin bir soyut norm denetimi kararı vesilesiyle suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve bilhassa çerçeve hüküm sorunu üzerinde durulacaktır. Yine aynı prensiple ilgisi dolayısıyla hukuk sistemimizde yeni sayılan bir düzenleme çeşidi olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle olağan dönemde ve olağanüstü hâl dönemlerinde suç ve ceza ihdas edilip edilemeyeceği de tartışılacaktır. Tüm bu konularda yapılacak tespitlerde öncelikle Mahkeme üyelerinin, inceleme konumuz olan somut karardaki görüşlerine yer verilecektir. Daha sonra “görüşümüz” başlığı altında önce Mahkemenin geçmiş ve güncel içtihatlarına, daha sonra öğretilerdeki görüşlere yer verilecek ve en sonunda kendi görüşümüz belirtilecektir. Anlatımın akışının bozulmaması adına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hususuna ayrı bir başlık altında değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kanunilik, Öngörülebilirlik, Belirlilik, Çerçeve Hüküm, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

ABSTRACT

There are sub-principles that constitute the elements of the principle of legality in crime and punishment. Certainty, predictability, prohibition of comparison and the inability to establish crimes and punishments through regulatory acts of the administration are some of them. These principles serve as a guarantee for individuals to be able to direct their behaviors according to the requirements of the law and thus to stay away from the fear of punishment. However, it cannot be said that these principles are always applied or applied correctly. Certainty, predictability, and the inability to create crimes and penalties through regulatory actions of the administration are principles that are violated at times. One of the issues that discussed whether this principle should be considered as a violation is the issue of framework provisions. In this study, the principle of legality in crime and punishment and especially the framework provision issue will be emphasized on the Constitutional Court's abstract norm review decision. Again, due to its relevance to the same principle, whether crimes and punishments can be established through a presidential decree during ordinary and state of emergency periods, as a type of regulation that is considered new in our legal system. In all these matters, the opinions of the members of the Court on the concrete decision that is the subject of our review will be included first. Then, under the title of “our opinion,” the past and current jurisprudence of the Court will be mentioned, then the opinions in the doctrine will be included and finally, our own opinion will be stated. In order not to disrupt the flow of the narrative, the issue of the Presidential Decree will be discussed under a separate heading.

Keywords: Legality, Predictability, Certainty, Framework Provision, Presidential Decree

GİRİŞ

Bir arada yaşamının gerekliliği olarak toplumsal yaşamın bazı kurallara bağlanması gerekir. Bu gerekliliğin en yaygın tezahürlerinden biri şüphesiz kanunlardır. Kanunlar, anayasaların ilkesel olarak çerçevesini çizip detayları kendisine bıraktığı konulara vücut kazandırır. Bunun yanında normlar hiyerarşisinde kendisinden altta bulunan düzenlemelere de çerçeve sunar. Bu bağlantı olma rolüyle önemli bir fonksiyon icra eder.

Kanunların en önemli özelliklerinden biri kişi hak ve hürriyetlerinin sınırlarını çizmesidir. Bu hak sınırlaması, en ağır bir müeyyideyi mucip kılması sebebiyle suç ve ceza içeren hükümlerde en sert şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle kişilerin, davranışlarını cezalandırma alanına girmeden yönlendirebilmesi ve böylece ceza korkusundan uzak kalabilmesi için tarih boyunca edinilen tecrübeler suçta ve cezada kanunilik ilkesini doğurmuştur. Roma hukukuyla kısmen başlayan ve bugünkü haliyle Feuerbach'ın ilkeleştirip ilk defa 1813 Bavyera Ceza Kanunu'nda düzenlemeye kavuşturduğu ilke (*nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*), daha sonra başta Birleşmiş Milletler Evrensel Beyannamesi olmak üzere bazı uluslararası antlaşmalara ve birçok ülke hukuk sistemine dahil olmuştur¹. Bu ilkenin en önemli işlevi bireyler için güvence teşkil etmesidir. Belirlilik, öngörülebilirlik, kıyas yasağı, geçmişe yürüme yasağı, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaması gibi prensipler bu ilkeyi takviye eden alt başlıklardır. Çerçeve hüküm, beyaz hüküm veya açık hüküm olarak adlandırılan² hükümler de özellikle belirlilik, öngörülebilirlik ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilememesi prensipleri bağlamında değerlendirilmektedir. Söz konusu hükümler, suçun çerçevesinin ve cezasının kanunla belirlenip suç teşkil eden fiillerin belirlenmesinin idarenin düzenleme alanına bırakıldığı hüküm çeşididir³. Mehaz İtalyan ceza hukuku doktrininde de benzer tanımla açık ceza

¹ Faruk Turinay, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 7-16.

² İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On Sekizinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 121-122; Zeynel T. Kangal, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 17 (2011), s. 96.

³ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On Beşinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 56-74; Gölcüklü, “açık ceza kaideleri” terimini kullanmaktadır. Feyyaz Gölcüklü, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 18 (2), s. 122.

normu⁴, beyaz hüküm, beyaz ceza kanunu gibi ifadeler kullanılmaktadır⁵.

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin yukarıda künyesi belirtilen norm denetimi kararı odağa konularak kanunilik ilkesi ve bu kapsamda çerçeve hüküm sorunu ele alınacaktır. Çerçeve hüküm terimi yukarıda açıklanan anlamda kullanılacaktır. İptali istenen hüküm ve iptal isteminin gerekçesine yer verildikten sonra çözülmesi gereken hukuki sorunlar belirtilecek ve bu sorunlara ilişkin merciin çözümünden sonra kendi görüşümüz açıklanacaktır. Kararda iptali istenen çok fazla hüküm olsa da maddi ceza hukukuyla ve konumuzla doğrudan ilgisi sebebiyle yalnızca İl İdaresi Kanunu m. 66 hükmü üzerinde durulacaktır.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilememesi prensibiyle ilgisi dolayısıyla hukuk sistemimizde yeni bir düzenleme çeşidi olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle olağan dönemde ve olağanüstü hâl (OHAL) dönemlerinde suç ve ceza ihdas edilip edilemeyeceği sorunu da ele alınacaktır. Çalışmanın akışının bozulmaması açısından ilk olarak karar değerlendirmesi kapsamında suç ve cezada kanunilik prensibi ve çerçeve hüküm sorunu ele alınacak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ilgili kısım ikinci bir ana başlık altında irdelenecektir.

⁴ Zeki Hafizoğulları, “Hukukî Bilmeme ve Açık Ceza Normları”, Ankara Üniversitesi 50. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 204.

⁵ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Köksal Bayraktar, Seerap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Hasan Sınar, R. Murat Önok, R. Barış Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I (14. Bası), Der Yayınları, İstanbul, s. 191.

I. KARAR

A. İptal İstemine Konu Hüküm:

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 66. maddesine 27.3.2015 tarihinde 6638 sayılı Kanunun 16. maddesiyle eklenen hükmün iptali için TBMM Milletvekilleri tarafından başvuruda bulunulmuştur. İlgili madde metni şu şekildedir:

İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahallî mülki amir tarafından Kabahatler Kanununun 32'nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davrananlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” İptal istemine konu olan hüküm koyu renkle belirtilen son cümledir.

B. İptal İsteminin Gerekçesi

İptal talebinde 66. maddeye eklenen ek cümle ile idareye suçun unsurlarını belirleme yetkisinin verildiği, bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiği, dolayısıyla bunun Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının (Anayasa) 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Çözülmesi Gereken Hukuki Sorunlar

1. Çerçeve hükümlerin suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ilişkisi nedir?
2. İlk soruyla bağlantılı olarak; idarenin düzenleyici işlemleri kanunilik ilkesi kapsamında öngörülebilirlik şartını sağlar mı?

1. Merciin Çözüm Şekli

a. Anayasa Mahkemesi:

Anayasa Mahkemesi (Mahkeme), öncelikle Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesinden bahsedip onun ceza hukukunun temel ilkelerinden biri ve aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olduğunu vurgulamıştır. Ancak sonrasında 38. maddenin gerekçesini dayanak

göstererek kanunilik ilkesinin kanun koyucunun açık suç hükmü koymasına, yani fiili bildirmeden suç konusunu gösterip bunun yaptırımını belirtmesine engel teşkil etmediğini de eklemiştir. Bu tarz hükümlere, zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına lüzum görülen hâllerde yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyip zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğünden dolayı birçok çağdaş hukuk düzeninde yer verildiğini, Mahkemenin daha önce de bu tür hükümlerin ilkeye aykırılık teşkil etmediği yönünde kararlar⁶ verdiğini belirtmiştir⁷. Mahkeme, çerçeve hüküm denen söz konusu hükümlerin her halükârda geçerli olmayacağını, suçun konusunun ve cezanın kanunla belirlenmesi ve idareye bırakılan suç detaylarının da önceden bilinebilir, öngörülebilir ve erişilebilir olması gerektiği görüşüyle bir çerçeve çizmiştir⁸.

Tüm bu açıklamalardan sonra iptali talep edilen hükmün değerlendirmesine geçen Mahkeme, söz konusu hükmün yukarıda açıklanan çerçeveye uygun olduğuna kanaat getirmiştir. Suçun konusunun ve cezasının belli olduğu, valinin aldığı her karar ve tedbir değil, yalnızca usulüne uygun olarak ilan edilen kararlar ve tedbirlerin yaptırım altına alındığı, böylece kuralların önceden bilinebilir, erişilebilir ve öngörülebilir olması dolayısıyla güvence fonksiyonunu karşıladığı şeklinde bir değerlendirmeyi karara dayanak yapmıştır. Son olarak hukuka aykırı karar ve tedbirleri adli mercilerin uygulamama yetkisinin de olması nedeniyle keyfiliğin önleneyeceğini eklemiştir⁹. Bu karara yüksek mahkeme üyelerinden Hasan Tahsin Gökcan katılmamıştır.

(1). Karşıoy

Karara muhalif kalan Hasan Tahsin Gökcan, meseleyi Anayasanın suçta ve cezada kanuniliği düzenleyen 38. maddesi (f. 1-3, 10) ve yasama yetkisinin devredilmezliğini düzenleyen 7. maddesi kapsamında ele almıştır. Öncelikle Mahkemenin kararlarında belirtildiği üzere “hukuk devletinin önkoşullarından olan *hukuki güvenlik ilkesi* hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, *hukuki belirlilik ilkesi* de kanun hükümlerinin şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık,

⁶ AYM, E. 1962/198, K. 1962/111, 10.12.1962; E.1963/4, K.1963/71, 28.3.1963; E.1973/12, K.1973/24, 7.6.1973; E.2001/143, K.2004/11, 10.2.2004; E.2011/64, K.2012/168, 1.11.2012.

⁷ § 181.

⁸ § 182.

⁹ §§ 184-187.

net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir¹⁰ dedikten sonra hangi fiilin suç oluşturduğunu belirtmeyen ceza normunun öngörülebilir olmadığını, bu alanın idareye bırakılması durumunda bireylerin keyfiliğe karşı korumadan mahrum olacağını vurgulamıştır.

Gökcan, suç ve cezanın belirlenmesinde kanunun tekel olduğunu belirtmiştir. Kabahatler ve disiplin hukuku alanlarında istisnalar bulunsa da ceza yaptırımıyla karşılanmış bir fiilin belirlenmesinin idareye bırakılamayacağını savunmuştur. Öğretide aksi yorumu benimseyenler olsa da bu yorumun Anayasanın yasama yetkisinin devredilmezliğini düzenleyen 7. maddesi ve 6. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan “*hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*” şeklindeki hükümlerle birlikte düşünüldüğünde isabetli olmadığını belirtip ağırlıklı görüşün çerçeve hükmün ilkeye aykırılık teşkil ettiği şeklinde olduğunu eklemiştir. Son olarak, Mahkemenin bu konudaki görüşünün istikrarlı olmadığını, çerçeve hükümle ilgili bir sorun görmediği kararların yanında bunun kanuniliğe aykırı görüldüğü şeklindeki kararların¹¹ da bulunduğunu ifade etmiş ve iptal talebine konu düzenlemenin Anayasanın 7. ve 38. maddelerine aykırı olduğu görüşüyle karşıoy kullanmıştır.

2. Görüşümüz

a. Çerçeve Hükümlerin Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesiyle İlişkisi Nedir?

Bu soruyu cevaplarken öncelikle suçta ve cezada kanunilik ilkesine değinip çerçeve hükmü bu ilke içerisinde konumlandırmak ve ona göre bir değerlendirme yapmak gerekir.

(1). Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

(1/a). Genel Bakış

“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki

¹⁰ AYM 2016/143 E, 2017/23 K., 9.2.2017, § 13.

¹¹ AYM, 1993/43 E., 1994/72 K., 27.9.1994; 1993/5 E., 1993/25 K., 6.7.1993; 2005/15 E., 2008/2 K., 3.1.2008; 2010/69 E., 2011/116 K., 7.7.2011.

fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen bu hükme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) da yer verilmiştir. Kanunun “Suçta ve Cezada Kanunilik” başlıklı 2. maddesinde: “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” şeklindeki hükümlere ek olarak “Zaman Bakımından Uygulama” başlıklı 7. maddenin ilk iki fıkrasında¹² da geçmişe yürümezlik ve lehe kanun ilkeleri düzenlenmiştir.

Montesquieu ve Locke’tan etkilenen Beccaria’ya göre bir arada yaşamının getirdiği bir zorunluluk olarak insanlar, başkasına karşı savunulmak adına bir kısım haklarını ortak emanete devretmiştir. Bireylerin toplum yararına feragat ettiği bu kısımların toplamı ceza verme hakkının temelini oluşturur. Suçlara dair cezalar sadece kanunlarla konulur. Bu kanunları düzenleme yetkisi, yalnızca, toplumsal sözleşmeyle bir araya gelen tüm toplumun temsilcisi olan kanun koyucudur¹³.

Suç, bir ceza kanununda yer alan bir hakaret veya bir ceza kanunu tarafından tehdit edilen, başkasının haklarına aykırı bir eylem olarak tanımlayan Feuerbach’ın kısaca “*nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*” şeklinde formüle ettiği¹⁴ bu ilke, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 11. maddesinin ikinci fıkrasında “*Hiç kimse işlendikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi,*

¹² (1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.

¹³ Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, İstanbul, s. 28-31.

¹⁴ Anselm Ritter v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts (14. sehr vermehrte und völlig umgearbeitete Originalausgabe), Georg Friedrich Heyer’s Verlag, Gießen, s. 41, 45.

suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez.” düzenlemesiyle zaman bakımından uygulama ile sınırlı da olsa bu ilkeye yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de (AİHS) benzer bir hükme yer verilmiştir¹⁵.

Tüm bu düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, üst bir kavram olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin unsurları veya sonuçları diyebileceğimiz birtakım alt ilkeler ortaya çıkmaktadır. Bunları *belirlilik ilkesi (lex certa)*, *kıyas ve kıyasa varan geniş yorum yasağı (lex stricta)*, *geçmişe yürüme yasağı (lex praevia)*, *idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilmesi yasağı, örf adet hukukuyla suç ihdas etme ve cezayı ağırlaştırma yasağı (lex scripta)* şeklinde sayabiliriz¹⁶. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi esasen kişilerin yasak alanı yani temel hak ve özgürlüklerinin sınırlarını bilmelerini ve bu doğrultuda davranışlarını yönlendirebilmelerini temin ederek güvence işlevi icra etmekte ve birey-toplum yararını dengelemektedir¹⁷. Bu sebeple aslında hukuk devletinin temel ilkelerinden olan belirlilik, öngörülebilirliğin ve erişilebilirliğin de burada ön sıralarda sayılması gerekir. Zira hak sınırlaması rejiminde kanunun ön plana çıkarılmasının¹⁸ bir yönüyle bu ilkelere işaret ettiği kanaatindeyiz.

(1/b). Çerçeve Hüküm

Kanunilik ilkesi gereği suç teşkil eden davranışlar kanunda açıkça belirtilmiş olmalıdır. Cezanın belirlenip suç teşkil eden fiilin düzenlenmesinin idareye bırakıldığı çerçeve hükümler, yukarıda bahsedilen alt ilkelerden idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilememesi, belirlilik, öngörülebilirlik ve erişilebilirlik ile doğrudan ilintilidir. Ceza hukuku alanında hem suçta hem de cezada katı bir kanunilik öngörülmüşken, kabahatler hukuku alanında ise suçta kanunilik yumuşatılmış ve çerçeve hükme açık kapı bırakılmıştır¹⁹. Burada, Anayasa Mahkemesinin yaptığı gibi,

¹⁵ m. 7, f. 1: Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

¹⁶ Koca/Üzülmez, s. 59-79.

¹⁷ Dönmezer/Erman vd., s. 21.

¹⁸ Anayasa, m. 13;

¹⁹ 5326 s. Kabahatler Kanunu madde 4- (1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlendiği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

(2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.

Anayasanın 38. maddesinin gerekçesine dayanarak ceza hukukunda da suçta kanunilik bakımından esnekliğin olduğu şeklinde bir yorum yapılabileceği akla gelebilir. Ancak gerek 38. maddenin metni gerekse TCK m. 2'deki açık düzenleme karşısında bu görüşün doğru olmadığı kanaatindeyiz. Gerekçe, her ne kadar önemli bir yorum aracı olsa da, onu yazıldığı zamanın şartları ve diğer düzenlemeler göz önünde bulundurarak değerlendirmek gerekir. Ağır veya hafif hemen her kamusal haksızlıkların suç olarak düzenlendiği bir zamanda yazılan gerekçenin bugün geçerliliğini yitirdiğini söylemek temelsiz bir yorum olmayacaktır. Öte yandan ceza hukukunda dahi idarenin suç fiillerini belirleyebileceği kabul edildiğinde Kabahatler Kanununun buna izin veren 4. maddesi gereksiz bir düzenleme olacaktır. Sistematik bir yorum yapıldığında, daha hafif yaptırımlarla karşılanan hukuka aykırı davranışları düzenleyen Kabahatler Kanununda çerçeve hükme açıkça imkân tanınmasının suçlar bakımından daha sert bir kanuniliğe delalet ettiği şeklinde bir çıkarım yapılabilir.

Karşıyda da belirtildiği üzere Mahkemenin çerçeve hüküm konusunda istikrarlı bir duruşundan söz etmek mümkün değildir. İnceleme konumuz olan karara benzer şekilde Mahkemenin, çerçeve hükmün kanuniliğe aykırı olmadığını belirten başka kararları mevcuttur.

Bir kararında²⁰ Mahkeme; 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un 3521 sayılı Yasa ile değişik 3. maddesinin itiraz konusu "a" bendinde; "*Bakanlar Kurulunca 1 inci maddeye göre alınan kararlara aykırı hareket eden veya bu kararlardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen gerçek ve tüzelkişiler beşmilyon liradan ellimilyon liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.*" şeklindeki düzenlemenin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık iddiasıyla somut norm denetimi kapsamında yaptığı incelemede "*kanunsuz suç ve ceza olmaz*" ilkesinin esası, yasa tarafından, ne tür eylemlerin suç sayıldığına hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirtilmesi ve buna göre de cezanın yasayla belirlenmesidir. Kişinin suç sayılan eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir." ifadelerini kullandıktan sonra kanun koyucunun suçun unsurlarını belirlemesinden ve suç oluşturan fiil ile karşılığında öngörülen cezanın kanunda açıkça belirlenmesinden sonra ayrıntılarla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesinin, kararla suç oluşturma anlamına gelmeyeceği

²⁰ AYM 1997/53 E., 1998/62 K., 8.10.1998.

ve kanunilik ilkesini de zedelemeyeceğini belirtmiştir. Bakanlar Kurulu kararının daha önce Resmî Gazete’de yayımlanarak kişilere hangi eylemlerin yasaklandığının duyurulduğu ve böylece güvence sağlandığını da ilave etmiştir. Karşıoy kullanan o tarihteki Mahkeme başkanı Ahmet Necdet Sezer ise ilkenin; suçun, yani hangi fiillerin yasaklandığının hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde kanunda belirtilmesinin ve bu suçun cezasının da yine kanunda gösterilmesinin gerektiğini, kişinin, yasak fiilleri ve bunlara uygulanacak cezaları önceden bilmesinin hak ve özgürlüklerinin güvencesi olduğunu belirterek hükmün 38. maddeye aykırı olduğunu savunmuştur.

Mahkemenin, çerçeve hükmün kanunilik ilkesine aykırı olmadığına hükmettiği kararlarının yanında yine norm denetimi kapsamında önüne gelen bu tarz düzenlemeler hakkında anılan prensibe aykırılık değerlendirmesinde bulunduğu kararları da mevcuttur. Somut norm denetimi yoluyla gelen bir başvuru üzerine verdiği kararında²¹ Mahkeme, TCK’nin “İnfaz Kurumuna ve Tutukevine Yasak Eşya Sokma” başlıklı 297. maddesinin 2. fıkrasını Anayasanın 38. maddesine aykırı bulmuştur. İlgili hüküm şu şekildedir: “(1) İnfaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokan veya bulunduran kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun konusunu oluşturan eşyanın, temin edilmesi veya bulundurulması ayrı bir suç oluşturduğu takdirde; fikri içtima hükümlerine göre belirlenecek ceza yarı oranında artırılır. (2) **Birinci fıkra da sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.**” Mahkeme yaptığı değerlendirmede Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, ‘*Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*’ denilerek ‘*suçun yasallığı*’, üçüncü fıkrasında da ‘*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*’ denilerek, ‘*cezanın yasallığı*’ ilkesinin getirildiğini, bu ilkelerin insan hak ve hürriyetlerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturduğunu tespit etmiştir. Daha sonra Anayasa’nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde yer alan ‘*suçta ve cezada kanunilik*’ ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığı ve bu yasak fiilleri işleyenlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi ve kuralın açık, anlaşılır ve

²¹ AYM 2010/69 E., 2011/116 K., 7.7.2011.

sınırlarının belli olması gerektiğini belirtmiştir. Somut başvuru hakkında da; kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan kanunilik ilkesiyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının amaçlandığını belirterek itiraz konusu maddenin ilk fıkrasının aksine ikinci fıkranın belirli ve öngörülebilir olmaktan uzak olduğundan fıkranın kanuniliğe aykırı olduğuna hükmetmiştir. Ancak Mahkemenin yaptığı şu değerlendirmenin de düşünce biçimini anlama adına önemli olduğu kanaatindeyiz: “*Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir.*” Buradan Mahkemenin ilkesel olarak çerçeve hükme karşı olmadığı, idareye yol gösterildiği takdirde içeriği belirleme yetkisinin verilmesinde bir sorun olmayacağını kabul ettiği çıkarımı yapılabilir. İdareye esas alacağı niteliklerin belirtilip belirtilmediği yönündeki tespitin zamanla değişeceği, bunun konjonktürel bir tutuma yol açabileceği kanaatindeyiz. Nitekim inceleme konumuz olan esas kararda valinin alacağı tedbirlerin çerçevesi olarak belirlenen “kamu düzenini sağlama” amacı da yeterince açık değildir.

Bu konuda Mahkemenin kabahat nevinden bir hükümle ilgili verdiği karar²² ilginçtir. 23/5/2019 tarihli ve 7174 sayılı Kapadokya Alanı Hakkında Kanunun iptali istenen “Cezalar” başlıklı 8. maddesinin ilgili kısmı şöyledir: *(1) Kapadokya Alanının tarihi ve kültürel değerleri ile jeolojik/jeomorfolojik dokusunun ve doğal kaynak değerlerinin korunmasına ve yaşatılmasına yönelik alınan tedbirlere aykırı davranılması hâlinde elli bin Türk lirasından iki yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.(2) Birinci fıkra kapsamına girmeyen, Kapadokya Alanının mevcut durumunu bozmayan ve yapısal uygulamalar içermeyen konulara ilişkin belirlenecek tedbirlere aykırılık hâlinde ise beş yüz Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır. (3) Birinci ve ikinci fıkra kapsamında idari para cezası uygulanacak fiiller ile bu fiillerin aykırılık durumuna göre uygulanacak idari para cezasının miktarı İdarece çıkarılan yönetmelikle belirlenir.* İptali istenen koyu yazılmış olan kısmın suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği Mahkemeye gerekçe olarak sunulmuştur. Mahkeme, anılan Kanunda, Kapadokya alanının tarihi ve kültürel değerleri ile jeolojik/jeomorfolojik dokusunun ve doğal kaynak değerlerinin korunmasına ve yaşatılmasına yönelik alınan tedbirler ile Kapadokya alanının mevcut

²² E.2019/88, K.2022/159, 13/12/2022.

durumunu bozmayan ve yapısal uygulamalar içermeyen konulara ilişkin belirlenecek tedbirlere aykırı fiillerin ve bunlara uygulanacak idari para cezalarının belirli olmadığına kanaat getirmiştir. Bu itibarla anılan hususların ilk olarak yönetmelikle düzenlenmesini öngören kuralın Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu tespitiyle²³ iptal kararı vermiştir. Mahkemenin burada yalnızca cezanın kanuniliğini değil, kabahatlerde daha esnek olan suçun kanuniliğini de iptal kararına dayanak yapması önceki kararlarıyla çelişki oluşturmaktadır.

Öğretide çerçeve hükmün suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu görüşü daha ağır basmaktadır²⁴. Özgenç'e göre bu tarz hükümlerle suçta ve cezada kanunilik ilkesi dolanılmaktadır. Anayasanın 38. maddesinin yukarıda yer verilen gerekçesi, uygulamanın anayasallaştırılması gayretini ortaya koymaktadır²⁵. Koca/Üzülmez'e göre de çerçeve hüküm suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Ancak idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaması ilkesi bizzat TCK'deki bazı suç tanımlarıyla ihlal edilmiştir. Yazarlara göre yukarıda iptal edildiği belirtilen 297. maddenin ikinci fıkrasının yanı sıra halen yürürlükte olan 174. maddenin birinci fıkrası²⁶ ile 193. madde²⁷, idareye suç konusu belirleme

²³ §§ 46-47.

²⁴ Özgenç, s. 121-123; Koca/Üzülmez, s. 70; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/ Serkan Meraklı/ Pınar Bacaksız/İsa Başbüyük, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 73; Kayihan İçel/Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, s. 112; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 155; Kangal, s. 99; Ahmet Gökçen, "Yardım Toplama Kanununun 29. Maddesinin Uygulanışı, Yargıtay'ın Konu ile İlgili Kararlarının Özellikle Kanunilik İlkesi ve İdarenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdası Yönünden Değerlendirilmesi", Hukuk Araştırmaları, 9/1-3, (1995), s. 183-188; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 (8. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul, s. 75-77; Adem Sözüer/Yiğit Yeniyeişme, Cumhuriyetin 100. Yılında Kanunilik İlkesi Bağlamında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörme Yasağı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 29/2 (2023), s. 909.

²⁵ Özgenç, s. 122-123.

²⁶ Yetkili makamlardan gerekli izni almaksızın, patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeyi imal, ithal veya ihraç eden, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen kişi, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Yetkili makamların izni almaksızın, bu fıkra kapsamına giren maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak amacıyla, gerekli olan malzeme ve teçhizatı ithal eden, ihraç eden, satışı arz eden, başkalarına veren, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.

²⁷ İçeriğinde zehir bulunan ve üretilmesi, bulundurulması veya satılması izne bağlı olan

yetkisi vermektedir²⁸. Kunter, yalnızca kanunla düzenleme yapılması gereken konularda idareye düzenleme yetkisi verilmesinin, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini ihlal ettiği görüşündedir²⁹. Bu görüşü Kangal da paylaşmaktadır. Yazara göre suç ve ceza temel hak ve özgürlüklere kısıtlama teşkil ettiğinden, Anayasanın 13. maddesindeki kısıtlama rejimi ışığında bunun yalnızca şekli anlamda kanunla yapılması gerekir. Anayasanın 91. maddesinde olağan dönemde normlar hiyerarşisinde kanunun hemen altında bulunan kanun hükmünde kararnameler (KHK) için dahi bu yetki tanınmazken, KHK’lerin de altında yer alan tüzük ve yönetmelik gibi düzenlemeler için bu evleviyetle yetki dışıdır³⁰. Zafer, TCK’nin 2. maddesindeki “idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı” hükmünün tek başına çerçeve hükmün tanımını kapsamadığını, metni genişleten gerekçenin de metne dahil sayılamayacağını belirtmiştir. Ancak sistematik bir yorumla 2017 Anayasa değişikliği sonrası Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dahi verilmeyen bir yetkinin diğer düzenleyici işlemlere verildiğinin kabul edilemeyeceğini eklemiştir. Ayrıca yazar, kanunilik kapsamındaki belirlilik ilkesinin çerçeve hükme izin vermediğini savunmaktadır³¹.

İdareye bir yetki alanı bırakılması gerektiğini savunan yazarlar da vardır. Tosun’a göre cezalandırılması gereken bütün fiillerin kanunlarda gösterilmesi mümkün değildir. Yine ihtiyaçların değişmesiyle hükümlerin de değişmesi gerekebilir fakat kanun, yapım sürecindeki ağır işleyiş nedeniyle bunları takip etmekte zorlanabilir. Ancak meclise bu yetki devrinde birtakım anayasal sınırlar konması gerekir. Zira suçların kanunlarda düzenlenmesi bireyler açısından güvence teşkil eder. Çünkü, kanunların değişkenliği daha seyrek olur. Bireyler hangi fiillerin yasaklandığını bu şekilde daha kolay öğrenebilir. Yürütme organlarının düzenlemeleri ise sık değiştiğinden hukukçuların bile bunları takip etmeleri zorlaşır. Bu açıdan yürütmenin getirdiği yasakların ceza ile yaptırım altına alınması bireylerin teminatını azaltır³².

maddeyi izinsiz olarak üreten, bulunduran, satan veya nakleden kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

²⁸ Koca/Üzülmez, s. 70-71.

²⁹ Nurullah Kunter, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskıdan aktaran: Dönmez/Erman vd., s. 194.

³⁰ Kangal, s. 99. Makale 2011’de yazıldığı için o dönem KHK’lar hukuk sistemi içerisinde mevcuttu.

³¹ Zafer, s. 75-77.

³² Öztekin Tosun, “Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, Journal of Istanbul University Law Faculty, 28/2 (1962), s. 351-352.

Dönmezer'e göre tüzükler kanunun uygulanmasını göstermek ya da kanunun, yapılmasını emrettiği işleri belirtmek üzere yapılabilir. Tüzük çıkarma yetkisi, yasama yetkisinin devredilmezliği prensibinin bir tür istisnasını oluşturduğundan bir kanun belli suçları ihdas etmesi için yürütme organını yetkilendirdiğinde, tüzük bu durumda kanunun emrettiği bir işi belirtmiş olacağı için, tüzükte suçun unsurlarının gösterilmesi Anayasaya aykırılık teşkil etmez. Bu durumda suçta kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Ceza zaten kanun tarafından belirlendiğinden cezada kanunilik ilkesi de ihlal edilmemiş olur. Suçta kanunilik ilkesi, kanunun suç oluşturan bir fiili dolaylı olarak tespit etmesine engel değildir. Ancak yönetmelikler konusunda aynı şey söylenemez. Yasama organı, bakanlıklara ve kamu tüzel kişilerine yalnızca kendi görev alanlarına giren kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlama amacıyla yönetmelik çıkarma yetkisi tanımıştır. Sonuç olarak kanun, yönetmelikle suç ihdas edilmesi konusunda görev veremez. O yüzden, bu düzenleme biçimlerinin tanımlanmadığı 1961 Anayasası öncesi dönemin aksine; yönetmeliklerle ve önceki Anayasal teamüllerdeki gibi karar, sirküler, tamim, tebliğ gibi yollarla yasama tasarrufu niteliğinde kurallar koymak, suç ihdas etmek artık mümkün değildir³³. Gölcüklü bu düşünceye katılmamaktadır. Yazara göre yönetmeliğin bir şekli yoktur. Sayılan tasarruflar da yönetmelik olarak değerlendirilebilir ve yönetmeliklere, hatta vali, kaymakam gibi mülki amirlerin emirlerine aykırılıkların da suç olarak değerlendirilmesinde, üst normlara uyulmak kaydıyla Anayasaya aykırılık yoktur. Anayasanın lafzını katı bir şekilde anlamamak gerekir³⁴. Tosun da tüzük ve yönetmelikle kanuna dayanarak suç ihdasının kabul edilmesi, mülki amir kararları da dahil diğer tasarruflar için ise aksi yorum yapılması gerektiği kanaatinde³⁵.

Ceza kanunlarının her şeyi düzenlemesi, her gelişmeyi hızlı bir şekilde takip etmesi ve suçun unsurlarını en ince detayına kadar tek tek sayması elbette beklenemez. Bununla birlikte hukuka aykırı her fiilin ceza yaptırımı altına alınması da beklenemez ve bu doğru da değildir. Cezalar, hak ve özgürlüklere en ağır kısıtlama niteliğinde yaptırımlardır. Bu nedenle Ceza hukukunun son çare (*ultima ratio*) olması ilkesi gereği ancak çok temel değerlere yönelen fiiller cezalandırılmalıdır. Langer'e göre ceza, intikamcı

³³ Sulhi Dönmezer, "İcranın Tanzim Tasarrufları ile Suç ihdası, Anayasaya Aykırılık İddiası Halinde Verilmesi İcabeden Karar", Mahkeme Kararları Kroniği, İÜHFM, 28/1 (1962), s. 244.

³⁴ Gölcüklü, s. 123-124.

³⁵ Tosun, s. 354.

bir kötülük olduğundan, yalnızca katlanılamaz değer ihlali niteliğinde olan ve böylece bu kötülük yoluyla intikamı hak eden davranışlar hukukta ceza için bir ön şart olarak tanımlanabilir³⁶.

2005 yılındaki ceza hukuku reformuyla kabahatlerin suç türü olmaktan çıkarılması, son çare olma ilkesine uygun bir gelişmedir. Ayrıca bu adımla *“hem kanunilik ilkesi hem de bir zamanlar idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülmesinin gerekçesini oluşturan ekonomik koşullar bakımından bir çifte kazanım elde edilmiştir”*³⁷. O tarihten önce yapılan kanunilik değerlendirmelerinde idareye de yetki verilmesinden yana olan tutum, kanaatimizce kabahatlerin de suç olarak hesaba katılması sebebiyledir. Örneğin Dönmezer’in daha yeni tarihli, çok yazarlı ders kitabında kanun koyucunun ceza içeren metinleri mümkün olduğunca açık ve kesin bir şekilde ortaya koyması, keyfiliği önleme adına suç ihdas ederken yeterince açık ve kesin suç tanımları yapıp, suç belirlemesi bakımından idareye çok kısıtlı bir yetki alanı bırakması gerektiği ifade edilmiştir³⁸. Açık hükmün tartışıldığı bölümde ise karşılaştırmalı hukuktaki durum, lehte ve aleyhteki fikirler ve dayanakları ile bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararlarından bahsedilmekle yetinilmiş, nihai bir görüş belirtilmemiştir³⁹. Yine çerçeve hükme ihtiyaç olduğunu belirten Tosun’un verdiği örneklerle bakıldığında görüşün dayanağının kabahat nevinden fiiller olduğu anlaşılmaktadır: *“Öyle bazı fiiller vardır ki , meselâ Türkiye’nin bir ucundaki Belediye tarafından cezalandırılmak gerekirken , diğer ucundaki Belediyenin bunu cezalandırması gülünç bile görülebilir; büyük bir şehirde Belediye yere tükürmeyi cezalandırırken, küçük ve oldukça geri şehirlerde bu fiili cezalandırmak manasız görülebilir”*⁴⁰. Gölçüklü de görüşlerinde suç-kabahat ayrımı yapmamış, kabahatleri idari alana bırakan 1958 Fransız Anayasasını ileri bir örnek olarak sunup bu alanda idarenin salahiyetinin kaçınılmaz olduğunu vurgulamıştır⁴¹. Hatta çerçeve hükmün kanuniliğe aykırı olmadığı görüşüne dayanak yapılan hususlardan biri olan Anayasanın 38. maddesinin gerekçesinin de kabahatlerin suç olmaktan henüz çıkarılmadığı bir zamanda ve hukuk atmosferinde yazıldığını göz önünde

³⁶ Winrich Langer, Das Sonderverbrechen, Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts (Band 9), Duncker&Humblot, Berlin, s. 274.

³⁷ Sözüer/Yeniyetişme, s. 911

³⁸ Dönmezer/Erman vd., s. 24.

³⁹ Dönmezer/Erman vd., s. 185-201.

⁴⁰ Tosun, s. 351.

⁴¹ Gölçüklü, s. 122.

bulundurmak gerekir.

Ceza kanununda suç olarak düzenlenmeye müstahak bir fiilin her unsurunun tüm ayrıntılarıyla tek tek sayılması beklenemez. Bu durumda, çok geniş olmamakla birlikte, nitelik bildiren üst bir kavram koymasının kanuniliğe aykırı olmadığı, bu tür düzenlemelerin de çerçeve hüküm niteliğinde olmadığı kanaatindeyiz. Örneğin hırsızlık suçunun konusu taşınır maldır. Taşınır malların ne olduğunun bir liste halinde madde metninde yazılması beklenemez. Ama bu ölçüt öngörülebilirliği sağlayacak niteliktedir. Çünkü kanunilik kusur ilkesiyle de bağlantılıdır. Cezalandırılabilirliğin şartı kusurlu olmaktır. Kusurlu olmak için de emir ve yasağın en azından genel hatlarıyla bilinmesi, öngörülebilmesi yani haksızlık bilinci edinebilme imkanının olması gerekir⁴².

Kanunda bir terim tanımlanmış olabilir. Türk Ceza Kanunu'nun "tanımlar" başlıklı 6. maddesindeki "silah" tanımı⁴³ buna örnektir. Bunun yanında hukukun başka alanlarına ilişkin terimlerin bir tanım yapılmadan kullanılması da söz konusudur. Söz gelimi "zilyetlik", "kambyo senedi" gibi kavramlar ilgili kanun ve ona dayanarak çıkarılan alt düzenlemelere bakılarak anlaşılabilir⁴⁴. Burada da ölçütümüz, muhataplarının anlayabileceği yeterince açık, anlaşılır üst kavramların kanun metninde yer almasıdır. Bu açıklık ve anlaşılabilirlik, ilgili suç tipinin potansiyel muhatap profiline göre belirlenmelidir. Örneğin yaralama, hırsızlık gibi genel, herkes tarafından işlenebilen suçların unsurlarında, ayırt etme gücüne sahip herkesin anlayabileceği bir dil hâkim olmalıken; sermaye piyasası ile ilgili suçlarda o alanı takip edenlerin anlayabileceği kadar açık ve anlaşılır bir dil yeterlidir. Buna uyulduğu zaman, kanunun uygulanmasını göstermek adına çok daha detay konuların idarenin düzenleyici işlemleriyle belirtilmesinde kanaatimizce bir sakınca yoktur⁴⁵.

⁴² Claus Roxin, Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil : Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre (5., vollständig neu bearbeitete Auflage), C. H. Beck Verlag, München, s. 220-221.

⁴³ 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.

⁴⁴ Bunlara tamamlayıcı normlar da denmektedir. Sözüer/Yeniyetişme, s. 899.

⁴⁵ Kunter de trafik işaretleri örneğini vermektedir. Yazara göre trafik işaretlerine uymamanın suç olduğunu ve bu işaretlerin neler olduğunu kanun gösterirse, nereye hangi işaretlerin konulacağını idare belirleyebilir. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza

Ancak, Mahkemenin incelediği başvurularda olduğu gibi suç teşkil eden fiilin tespitinin doğrudan idareye bırakıldığı veya dönemsel olarak farklı değerlendirmelere açık, muğlak üst kavramların çerçeve olarak sunulduğu çerçeve hükümler kanunilik ilkesi açısından sakıncalıdır. Ayrıca söz konusu hükümlerin ve benzerlerinin suç olarak düzenlenmesine dahi gerek yoktur. Kabahat olarak düzenlenmesi tüm bu sorunları çözecektir.

b. İdarenin düzenleyici işlemleri öngörülebilirlik şartını sağlar mı?

TCK'nin 4. maddesinde ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı belirtilmiştir. Birçok farklı konuda çok fazla kanun olması ve bu kanunların çoğunlukla ceza hükmü de içermesi karşısında bu hükmün katı olarak uygulanması mümkün gözükmemektedir. Nitekim Kanun'un "Hata" başlıklı 30. maddesinin 4. fıkrasında işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu noktasında kaçınılmaz hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte kanun koyucunun yasama faaliyeti olarak kanunun; bilinebilir, erişilebilir ve öngörülebilir olduğunu kabul ettiği çıkarımı da yapılabilir. Zira kanunlar, yapımı belli bir ön çalışmayı, tasarımı ve milletin temsil edildiği mecliste oylamayı gerektiren, sürece yayılan ve resmî gazetede yayımlanıp uygulamada etkisini geniş bir şekilde gösteren metinlerdir. Sık sık değişikliğe de uğramadıklarından belli bir teamülün oluşmasına, bu sayede metin bilinmese bile bireylerin tahmin edebilmesine, öngörebilmesine imkân sağlar⁴⁶.

İdarenin düzenleyici işlemleri yapımı daha basit, sık değişebilen ve haberdar olunmaması çok daha olası, teamülün oluşmasına fırsat vermediğinden ve geniş uygulama alanı da bulmadığından öngörülebilirliği nispeten düşük metinlerdir. Dava konusu madde kapsamında valinin alacağı karar ve tedbirler ise kısıtlı bir süre için alındığından, ilan edilse dahi bunların bilinmemesi muhtemeldir. Hafizoğulları'nın da belirttiği üzere özel ceza kanunlarının ve suçun içeriğini idarenin doldurduğu "tanzimi tasarrufların" çok hızlı arttığı bir dönemde yalnızca yayımlama ve ilan etmekle metinlerin herkesçe bilineceğini kabul etmek çağın gerçeklerine aykırıdır. Tanzimi tasarrufların da kanun yerine geçtiğine dair pozitif hukukta bir dayanak olmadığından halkın bunu bilmesi beklenemez⁴⁷. Yazarın bunu henüz 1977 yılında söylediğini eklemek gerekir.

Muhakemesi Hukuku, 1. Baskıdan aktaran: Dönmezer/Erman vd., s. 194.

⁴⁶ Tosun, s. 352; Zafer, s. 75-76.

⁴⁷ Hafizoğulları, s. 207.

Bugün elektronik posta veya telefon mesajlarının ciddiye alınmadığı, siteden duyuru şeklinde bir ilan yapıldığında eğitimli kişilerin dahi bunları takip etmediği düşünüldüğünde, halkın yapılan düzenlemelerden ve alınan kararlardan haberdar olması, onları anlaması ve tatbik etmesi zaman alacaktır. Burada karar veya tedbirlere aykırı davrananın bunları bilmediği savunması yapabileceği, bu sebeple keyfi bir durumun oluşmayacağı ileri sürülse de bu o denli kolay değildir. Ancak kanunla düzenlenebilecek suç fiilini idareye havale ettiğimizde, kişinin bunu bilmediği şeklindeki savunmasında da, kanunun bilinmemesi savunmasında olduğu gibi yerine göre suçun maddi unsurlarında hata veya -çoğunlukla- haksızlık yanlılığı muamelesi yapılmalıdır. Bu sebeple “bilmiyordum” şeklinde savunma yapan kişi için mahkeme kaçınılmazlık değerlendirmesi yapacaktır. Aşağıda değinileceği üzere, daha önce hukuk sistemimizde bulunan kanun hükmünde kararname ve şu an onun yerine ihdas edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi gibi çok daha geniş uygulaması ve bilinirliği, öngörülebilirliği olan; hiyerarşide hemen kanundan sonra gelen metinlerle dahi suç düzenlemesi yapılabilirliğinin ciddi bir şekilde tartışıldığı bir ortamda yönetmelikler, idarenin karar ve tedbirleri gibi hiyerarşide daha aşağılarda bulunan normlarla bunun yapılamayacağı evleviyetle kabul edilmelidir.

Son olarak, Mahkemenin kararda belirttiği; karar veya tedbirlerin hukuka aykırı olması durumunda yargı organlarının uygulamayacak olmasının bir güvence oluşturduğu savunması anlamsızdır. Bir idari işlem kendi kendine geçersiz olmaz. Bunun için bir karar alınmalıdır. Ayrıca içeriğini idarenin belirlediği suçta yargılama yapacak olan yine ceza mahkemeleridir. Bu mahkemelerin de kısmen idare hukuku alanına ilişkin içerikler hakkında hukuka uygun veya aykırı değerlendirmesi yapması zor olduğu gibi, bunları hukuka aykırı bulması durumunda iptal etme yetkisi de yoktur. Bir sorun varsa mutlaka zamanla düzeltilir mantığıyla hareket etmek ise muhakeme süreci ve sonrasında ihlal edilmesi çok muhtemel masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkını baştan feda etmek anlamına gelecektir.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİYLE SUÇ VE CEZA İHDASI SORUNU

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında son olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesine değinmek yerinde olacaktır. Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kapsamı şöyle açıklanmıştır: “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

119.maddenin6.fikrasıylaolağanüstühâldurumunaözgüolarakyukarıdaki sınırlamalar esnetilmiştir: “Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104’üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.” Burada m. 104, f. 17, ikinci cümleye atıf yapılmış ancak üç ve dördüncü cümleden bahsedilmemiştir. Özgenç’e göre üçüncü cümlede münhasıran kanunla düzenlenen hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlenemeyeceği hüküm altına alındığına göre olağanüstü hallerde dahi Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle suç ve ceza konulamaz. Zira 38. maddenin üçüncü fıkrasında ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla düzenlenebileceği açıkça belirtilmiştir. Hatta 142. maddede mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri ve yargılama usullerinin ancak kanunla düzenlenebileceği belirtildiğinden muhakeme⁴⁸ ve infaz hukuku alanlarında da kararname çıkarılamaz⁴⁹.

Madde metninde olağanüstü hâl kararnamelerinin kanun hükmünde olduğu belirtildiğinden bu düzenlemelerin Anayasa’nın 38. maddesinin 3.

⁴⁸ Nurullah Kunter, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (9. Bası), Beta Yayıncılık, İstanbul, s. 550.

⁴⁹ Özgenç, s. 126.

fıkrasında belirtilen kanunla düzenlenme şartını sağladığı, dolayısıyla kanunla yapılabilecek her düzenlemenin bu tür kararnamelerle de yapılabileceği öne sürülebilir⁵⁰. Bu durumda “kanun” deyiminden ne anlaşılması gerektiği tartışılmalıdır.

Kanaatimizce kanun deyiminden yasama organının bir yasama faaliyeti türü olarak yaptığı teknik anlamda kanunun anlaşılması gerekir. Bu nedenle hiçbir surette Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunun aynı seviyede kabul edilmesi mümkün değildir⁵¹. Kaymaz’a göre de kanun deyiminden teknik anlamda kanun anlaşılmalıdır. OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri resmî Gazetede yayımlandığı gün kanun yapma yetkisine sahip TBMM’nin onayına sunulduktan sonra onaylanmaması veya yayınladığı tarihten itibaren üç ay içinde TBMM de görüşölüp karara bağlanmaması halinde kendiliğinden yürürlükten kalkar. 38. maddenin gerekçesinde de kanun için “**yasama tasarrufu**” ifadesi kullanılmıştır. Tüm bunlar değerlendirildiğinde burada teknik anlamda kanunun kastedildiği, bu sebeple olağanüstü hâl döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun niteliğinde olmadığı, bunların normlar hiyerarşisinde kanundan sonra geldiklerinin kabulü gerekir⁵². Can da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hiyerarşik olarak her zaman

⁵⁰ Hamit Yelken, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 178; “*Olağanüstü hâl kararnameleri bakımından ise “farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır” kuralına yer verilmediğinden, Anayasada bu kararnamelerin kanun hükmünde olduklarının belirtilmesi yerindedir. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, olağan kararnamelerle ilgili kısıtlamalara tâbi olmadığından bunlarla kanunlarda değişiklik yapılabilir; kanun hükümleri yürürlükten kaldırılabilir. Bu kararnameler, Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları da düzenleyebilir. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunların çatışması halinde, ikisini bağdaştıracak bir yorumun yapılması imkânı yoksa iç hukukta iki kanun arasındaki çatışmanın çözümünde uygulanan kuralların uygulanması gerekir. Yani, önceki düzenleme-sonraki düzenleme veya genel düzenleme-özel düzenleme kriterleri uygulanmalıdır. Olağanüstü hâl kararnameleri, olağanüstü halin gerektirdiği konuları düzenleyeceğinden, kural olarak “özel hüküm” niteliğine sahip olacaktır ve çatışma halinde kanunlara nazaran öncelikle uygulanacaktır.*” Yavuz Atar, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, s. 254, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/5902/yavuz-atar.pdf>, E.T. 6.3.2025.

⁵¹ Abdulsamet Güller, “2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Ait Mahfuz Alan Meselesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 23/3 (2021), s. 962.

⁵² Seydi Kaymaz, “Cumhurbaşkanlığı ve Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Suç İhdas Edilmesi ve Ceza Kanunlarında Değişiklik Yapılmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu”, Anayasa Mahkemesi Kararları İşığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 135-138.

kanunun altında konumlanması gerektiğini kabul etmektedir⁵³. Düzenleme kapsamının daha dar olduğunu ve kanunilik ilkesi kapsamında bir kanunda olması gereken, yukarıda sayılan temel özelliklerin hepsinin kararnamelerde bulunmadığını belirtmek gerekir.

Kanun hükmünde kararnamelerin hukuk sistemimizin bir parçası olduğu dönemde de bu kararnamelerle suç ve ceza ihdas olunamayacağı AYM tarafından dile getirilmiştir⁵⁴. Zira Mahkemeye göre de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütü için ilk olarak şekli bir kanunun varlığı gereklidir. Bir yasama işlemi olarak kanun, Meclisin iradesinin ürünüdür ve TBMM tarafından Anayasa’da öngörülen kanun yapma usullerine uyulmak suretiyle yapılan işlemlerdir. Bu anlayış temel hak ve özgürlükler alanında önemli bir güvence fonksiyonu icra eder⁵⁵.

⁵³ “Bu değerlendirmemiz, Anayasada Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen dört konuda (md. 104/9, 106/11, 108/4 ve 118/6) çıkarılacak kararnameler için de geçerlidir. Bu kararnameler ile diğerleri arasında hukuki geçerlilik ve etkinlik bakımından bir fark yaratılmamıştır. Bu dört alanın Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından mahfuz alan olarak kabul edilmesi durumunda meselenin tartışmalı⁶⁴, ancak bir o kadar da çözümsüz hâle geleceğini söyleyebiliriz. Zira bu durumda Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki çatışma kuralları anlamını yitirebilecektir⁶⁵. Yukarıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi, Anayasa’nın dört alanda konu yönünden bir mahfuz alan tanımadığı, ancak yasama organına, çerçeve düzenlemesini aşmamak şartıyla yasa çıkardıktan sonra ayrıntıyı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine bırakması zorunluluğu öngörmüş olduğu, kısaca mahfuz alanın düzenlemenin konusuyla değil, düzenlemenin derinliğiyle ilgili olduğu düşüncesini savunduğumuzdan, kararnamelerin hiyerarşik olarak yasanın altında yer aldığı sonucuna ulaşmaktayız”. Osman Can, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, 37/ 1 (2020), s. 163-164.

⁵⁴ AYM, 2002/92 E., 2004/25 K., 2.3.2004; AYM 2005/ 15 E., 2008/2 K., 3.1.2008.

⁵⁵ AYM, Hamit Yakut Başvurusu, B. No: 2014/6548.

SONUÇ

Suç ve ceza ancak kanunla ihdas edilebilir. Kanun deyiminden yasama organının “kanun” adı altındaki yasama faaliyeti anlaşılmalıdır. Suçta ve cezada kanunilik ve onun alt başlıkları veya sonuçları diyebileceğimiz belirlilik, öngörülebilirlik, kıyas yasağı, geçmişe yürümezlik, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı gibi ilkeler ceza hukukunun güvence fonksiyonunu oluşturmaktadır. Böylece bireyler yasak alanı, erişilebilir ve öngörülebilir olan kanunlar sayesinde bilecek ve davranışlarını ona göre yönlendirecektir. Belli bir yapım sürecinin olması, halkı temsil eden milletvekillerinin tartışmaları neticesinde -en azından ideal olarak- açık, anlaşılır metinlerin ortaya çıkması, sık sık değişmemesi sebebiyle bilinirlik veya en azından öngörülebilirlik kazanması gibi nedenlerle kanunilik ilkesi benimsenmiş ve hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında kanun tercih sebebi olmuştur. Temel hakların sınırlandırılması rejimlerinde öne çıkarılan kanunun, ceza hukuku gibi en ağır yaptırımların uygulandığı, temel hak ve hürriyetlere en sert müdahalelerin gerçekleştiği bir alanda kabul edilmemesi, normlar hiyerarşisinde daha alt metinlere de müsamaha gösterilmesi düşünülemez.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı ilkesi denince akla gelen, çerçeve hüküm, açık hüküm veya beyaz hüküm gibi isimlerle anılan ve cezanın belirlenip suç teşkil eden fiillerin neler olduğunun idareye bırakılması anlamına gelen hüküm çeşitleri tartışmalıdır ve çoğu kez Anayasa Mahkemesi nezdinde soyut ve somut norm denetimine konu olmuştur. Öğretide çoğunluk bu hükümlerin kanunilik ilkesine aykırı olduğunu düşünse de Mahkeme, ilkesel olarak buna olumsuz yaklaşmamaktadır. Farklı tarihlerde verdiği kararlar arasında çelişki bulunan Mahkeme, iptal kararlarında doğrudan çerçeve hükümlerin Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğunu söylemeyip somut başvuru kapsamında idareye bırakılan alanın çerçevesi üzerinde durmak şeklinde kanaatimizce dönemsel olarak değişen yorumlara kapı aralayacak bir değerlendirme şekli benimsemiştir. Ayrıca bu tartışmalara konu olan düzenlemelerin veya bu şekilde düzenlenmek istenen fiillerin büyük çoğunluğu cezaya müstahak değildir. Kabahat olarak düzenlenmeleri hem istenen esnekliği sağlayacak hem de kanunilik ilkesi ihlal edilmemiş olacaktır.

İdarenin düzenleyici işlemleri halk tarafından bilinmesi ve öngörülebilmesi yönünden kanunla mukayese edilemez. Kolay yapılan ve sık değişebilen bu tür işlemlerle suç düzenlemesi yapılabileceği hukuk devletinde kabul edilemez. Bu işlemler iptal edilene kadar geçerli olduklarından, ceza

hakiminin bunu uygulamaması ve böylece keyfiliğin önlenmesi şeklindeki savunmaya itibar edilemez. Nihayetinde iptal edilse bile kişilerin, özellikle bu davanın konusunda olduğu gibi valilik kararlarına uymama şeklindeki “suç” fiillerinde belki binlerce kişinin masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

2017 yılındaki Anayasa değişikliğiyle hukuk sistemimize dahil olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle suç ve ceza ihdası hususu da tartışmalıdır. Olağan dönem bakımından bu yetkinin olmadığı Anayasa metninden açıkça anlaşılrsa da OHAL döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin “kanun hükmünde” olarak nitelendirilmesi bir kısım yazarları bu düzenlemelerle suç ve ceza konulabileceği düşüncesine sevk etmiştir. Ancak OHAL dönemi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aynı gün meclis onayına sunulması zorunluluğu, kapsamının sınırlı olması ve bir kanunda bulunması gereken tüm özellikleri taşınamaması dolayısıyla bu kararnamelerin hiyerarşik olarak kanunun altında bulunduğu ve bunlarla suç ve ceza ihdas edilemeyeceğini kabul etmek gerekir.

KAYNAKÇA

- Abdulsamet Güller, “2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Ait Mahfuz Alan Meselesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 23/3 (2021), 943-966.
- Adem Sözüer/Yiğit Yeniyeişme, Cumhuriyetin 100. Yılında Kanunilik İlkesi Bağlamında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörme Yasağı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 29/2 (2023), 897-922.
- Ahmet Gökçen, “Yardım Toplama Kanununun 29. Maddesinin Uygulanışı, Yargıtay’ın Konu ile İlgili Kararlarının Özellikle Kanunilik İlkesi ve İdarenin Düzenleyici İşlemlerle Suç İhdası Yönünden Değerlendirilmesi”, Hukuk Araştırmaları, 9/1-3 (1995), 179-202.
- Anselm Ritter v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts (14. sehr vermehrte und völlig umgearbeitete Originalausgabe), Georg Friedrich Heyer’s Verlag, Gießen.
- Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, İstanbul.
- Claus Roxin, Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil : Grandlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre (5., vollständig neu bearbeitete Auflage), C. H. Beck Verlag, München.
- Faruk Turinay, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Feyyaz Gölcüklü, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 18/2 (1963), 115-182.
- Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 (8. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Hamit Yelken, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On Sekizinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kayıhan İçel/Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku,

Genel Kısım, 1. Kitap, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.

Mahmut Koca/İlhan Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On Beşinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

Nurullah Kunter, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (9. Bası), Beta Yayıncılık, İstanbul.

Osman Can, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, 37/ 1 (2020), 133–192.

Öztekin Tosun, Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması, Journal of Istanbul University Law Faculty, 28/2 (1962), 349-366.

Seydi Kaymaz, “Cumhurbaşkanlığı ve Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Suç İhdas Edilmesi ve Ceza Kanunlarında Değişiklik Yapılmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu”, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 131-145.

Sulhi Dönmezer, “İcranın Tanzim Tasarrufları ile Suç ihdası, Anayasaya Aykırılık İddiası Halinde Verilmesi İcabeden Karar”, Mahkeme Kararları Kroniği, İÜHFM, 28/1 (1962), 237-246.

Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Köksal Bayraktar, Seerap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Hasan Sınar, R. Murat Önok, R. Barış Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I (14. Bası), Der Yayınları, İstanbul.

Veli Özer Özbek/Koray Doğan/ Serkan Meraklı/Pınar Bacaksız/İsa Başbüyük, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Winrich Langer, Das Sonderverbrechen, Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts (Band 9), Duncker&Humblot, Berlin.

Yavuz Atar, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, s. 254, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/5902/yavuz-atar.pdf>.

Zeki Hafızogulları, “Hukukî Bilmeme ve Açık Ceza Normları”, Ankara

Üniversitesi 50. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 193-211.

Zeynel T. Kangal, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 17 (2011), 61-106.

Kararlar

AYM 1997/53 E., 1998/62 K., 8.10.1998.

AYM 2005/ 15 E., 2008/2 K., 3.1.2008.

AYM 2010/69 E., 2011/116 K., 7.7.2011.

AYM 2016/143 E., 2017/23 K., 9.2.2017.

AYM, 1962/198 E., 1962/111 K., 10.12.1962.

AYM, 1963/4 E., 1963/71 K., 28.3.1963.

AYM, 1973/12 E., 1973/24 K., 7.6.1973.

AYM, 1993/43 E., 1994/72 K., 27.9.1994.

AYM, 1993/5 E., 1993/25 K., 6.7.1993.

AYM, 2001/143 E., 2004/11 K., 10.2.2004.

AYM, 2002/92 E., 2004/25 K., 2.3.2004.

AYM, 2005/15 E., 2008/2 K., 3.1.2008.

AYM, 2010/69 E., 2011/116 K., 7.7.2011.

AYM, 2011/64 E., 2012/168 K., 1.11.2012.

AYM, 2019/88 E., 2022/159 K., 13/12/2022.

AYM, Hamit Yakut Başvurusu, B. No: 2014/6548.



KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852 Cilt/Volume: 3 Sayı/No: 1-2 HAZİRAN-ARALIK/June-December 2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

TERK SUÇU (TCK M. 97) VE SONUÇLARI BAKIMINDAN MAHKÜMİYET HÜKMÜNÜN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARI İNCELEMESİ: YARGITAY CEZA GENEL KURULUNUN 09.11.2022 TARİH VE E.2020/466, K.2022/709 SAYILI KARARI

*Review of the Judicial Court Decision on the Determination
of the Sentence of Conviction in Terms of Abandonment
Offence and Its Consequences: Decision dated 09.11.2022 and
numbered E. 2020/466, K. 2022/709*

Çağatay KORUCAN*

Özet

İcrai ya da ihmali davranışla işlenebilen terk suçu ve bu suça bağlı olarak ortaya çıkabilecek neticeler bakımından söz konusu neticelerin faile isnat edilebilmesi için failin kastına yönelik bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Çalışmaya konu olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında ıssız bir dere kenarına bırakılıp terk edilen ancak henüz öldüğüne dair bir delil bulunmayan bebek hakkında, ölüm neticesi bakımından bir belirsizlik olmasına rağmen merciler arasında tartışılan

* **Yasama Uzmanı**, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Ankara, Türkiye, **E-Posta:** korucan.cagatay@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0002-8096-1746.

• **Atf Şekli / Cite As:** Korucan Çağatay, “Terk Suçu (TCK m. 97) Ve Sonuçları Bakımından Mahkûmiyet Hükümünün Belirlenmesine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi: Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.11.2022 Tarih ve E.2020/466, K.2022/709 Sayılı Kararı”, KİD, 3(1-2), 2024, s.29-60.

• **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

ilk sorun; failin bu eyleminin kasten öldürme suçunun ihmali davranışla mı yoksa icrai davranışla mı gerçekleştiği hususu olmuştur. İlk derece mahkemesi bebeğin terk edildiğine dair sanık ikrarı ve tanık ifadeleri kapsamında yaptığı tespit doğrultusunda olayın meydana gelme şartları bağlamında “terk eyleminden sonra bebeğin öleceği muhakkaktır diyerek” sanık hakkında ihmali davranışla kasten öldürme suçunun işlendiğini kabul etmiştir. Bu kapsamda da Mahkeme tarafından sırasıyla (TCK, m. 82 (f. 1, bent d), m. 83 ve m. 62) hükümlerinin uygulanabilirliği değerlendirilmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi ise yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, sanık hakkında icrai davranışla kasten öldürme suçundan dolayı (TCK, m. 82 (f. 1, bent d ve e)) hükümlerine istinaden mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiğinden bahisle ilk derece mahkemesinin söz konusu mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının eylemin ihmali davranışla gerçekleştiğine dair yaptığı itiraz üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Yargıtay 1. Ceza Dairesi gibi sanığın bebeğe karşı gerçekleştirdiği öldürme eyleminin, “doğrudan kasıtlı ve icrai bir davranışla işlediği kabul edilmelidir.” değerlendirmesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine karar vermiştir

Çalışmadakarara konu olan olay incelendikten sonra bu olayın gerçekleşebileceği farklı ihtimallerde cezai sorumluluğun tespitin nasıl yapılacağı değerlendirilmiştir. Verilen ihtimallerde terk suçu, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hâli, henüz cesedi bulunmayan bebek hakkında kişiliği sona erdiren Medeni Hukuk Hükümlerinin somut olaya uygulanması ve mahkemeler tarafından gerçekleştiği kesin gözle bakılan ölüm neticesine yönelik değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kavramlar: Terk suçu, kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi, görünüşte ihmali suç, teminat yükümlülüğü, olası kast, cezanın belirlenmesi, neticesi sebebiyle ağırlaşan suç

Abstract

In terms of the offence of abandonment, which can be committed by executive or negligent behavior, and the consequences that may arise due to this crime, it is necessary to make an assessment regarding the intent of the perpetrator in order to attribute these consequences to the perpetrator. In the decision of the Criminal General Assembly of the Court of Cassation, which is the subject of the study, although it is not clear whether the result of death has occurred or not about the baby who was abandoned by a deserted stream but there is no evidence that the baby has died yet, the first problem discussed between the authorities was the issue of whether the intentional killing occurred with negligent behavior or executive behavior in terms of this action of the perpetrator. In line with the determination made by the court of first instance within the scope of the defendant's confession and witness statements that the baby was abandoned, the court of first instance accepted that the defendant committed the crime of intentional killing with negligent behavior in the context of the conditions of the occurrence of the incident “by saying that it is certain that the baby will die after the act of abandonment”. In this context, it evaluated the applicability of the

provisions of (TCK, Art. 82 (f. 1, subparagraph d), Art. 83 and Art. 62) respectively. The 1st Criminal Chamber of the Court of Cassation, as a result of the appellate review, decided to overturn the conviction of the court of first instance on the grounds that the defendant should have been sentenced for the offense of intentional homicide with an executive act based on the provisions of (TCK, art. 82 (f. 1, subparagraphs d and e)). Upon the objection of the Chief Public Prosecutor's Office of the Court of Cassation that the act was committed with negligent behavior, the Criminal General Assembly of the Court of Cassation, like the 1st Criminal Chamber of the Court of Cassation, decided to reject the objection of the Chief Public Prosecutor's Office of the Court of Cassation with the assessment that "it must be accepted that the defendant committed the act of murder against the baby with direct intent and with an executive act."

In the study, after analyzing the incident subject to the decision, it is evaluated how to determine criminal responsibility in different possibilities that this incident may occur. In the given possibilities, evaluations were made within the scope of the crime of abandonment, the aggravated form of the crime due to the consequence, the application of the Civil Law Provisions, which terminate the personality of the baby whose body has not yet been found, to the concrete case and the result of death, which is considered to be certain by the courts.

Keywords: The abandonment offence, Intentional killing by act of omission, Derivative omission offense, Duty of care, Probable intent, Determining of sanction, Aggravation of an offence due to its consequences

GİRİŞ

Yasaklayıcı ya da emredici normlar şeklinde karşımıza çıkan hukuk kuralları bakımından yasaklayıcı norm belli bir davranışın icrasını yasaklamakta; emredici norm ise belli şartlar altında belli yönde davranılmasını emretmektedir. Yasaklanan hareketin gerçekleştirilmesiyle bir hak ihlali meydana gelecek olup yasak normların ihlali bu kapsamda icrai suçların ortaya çıkmasına neden olacaktır.¹ Kişilere “belirli doğrultuda davranma” yükümlülüğü getiren emredici normlara² aykırı davranılması hâlinde ise ihmali suçun varlığından bahsedilebilecektir. Bu kapsamda ihmali suç, kanunda yer verilen hareket yükümlülüğüne rağmen kanunun öngördüğü hareketi yapmamak suretiyle işlenen suç veya hukuki olarak bir neticeyi önlemekle yükümlü kılınan bir kimsenin, neticeyi önleme olasılığı bulunduğu ve neticeyi önlemesi ondan beklenebilir olduğu hâlde neticeyi önlememesi suretiyle işlenen suç olarak ifade edilebilmektedir.³ Yani ihmali suçlarda tipiklik, emredilen bir davranışın yapılmaması, bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi, belirli bir davranışta bulunulmaması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

İhmali suçlar bu anlamda esasında, kanunun kişiye belli bir şekilde hareket etmesini emretmesine rağmen “bir emir kuralına aykırılık” olarak nitelendirilmiştir. Bu husus icrai suçlar açısından kanunda “yapma” emrine; ihmali suçlar açısından ise kanunda “yap” emrine yer verilmiş olması şeklinde ifade edilmiştir.⁴ Bunun tipik örneği “görevini ihmal etme, suçu ihbar et” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Buradaki ihmal o kişi veya kişilerden beklenen şeyin yapılmaması ile meydana gelmektedir. Ancak ihmali suçtan bahsedilebilmesi için yalnızca hareketsiz kalmak yeterli olmayıp aynı zamanda failin suç tipinde düzenlenen hareketi yapmamış olması gerekmektedir. Bu duruma sırasıyla TCK m. 175; m. 257/2 ve m. 278’de düzenlenen akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali; görevi kötüye kullanma ve suçu bildirmeme suçları örnek gösterilebilmektedir.⁵ Ancak

¹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 390.

² İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 30.

³ Hakan Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.75.

⁴ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s.250.

⁵ V. Özer Özbek/Koray Doğan/Serkan Meraklı ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Genel

ihmali hareket, harekete geçme bakımından özel bir hukuki yükümlülüğün bulunması hâlinde ceza hukukunun konusunu oluşturabilmekte iken; icrai bir hareket diğer şartların da varlığı hâlinde her zaman cezalandırılabilir olarak nitelendirilmektedir.⁶

İhmali ve icrai hareketle işlenen suçların unsurları ve bu suç tiplerine bağlanan müeyyideler farklılık göstermektedir. Örneğin bir insanı kasten öldüren kişi müebbet hapis ile cezalandırılacakken (TCK m. 81); belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmedilebilecektir (TCK m. 83/3). Ancak ikinci durumda cezada indirimin yapılmaması da Kanun'da yer alan düzenleme uyarınca ihtimal dâhilinde olacaktır.⁷ Bu bakımdan çoğu zaman kolay olmasa da davranışın icrai ya da ihmali olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. İcrai ya da ihmali davranış ayrımı hakkında “doğal bakış açısı” ve “normatif bakış açısı” şeklinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan doğal bakış açısını savunan teoriler vücut hareketi ölçütü, enerji kullanımı ölçütü, nedensellik kriteri, karma görüş (nedensellik ve enerji kullanımı); normatif teoriler ise sosyal mana görüşü, ağırlık noktası görüşü, karma görüş ve icraya ağırlık veren görüş şeklinde ayrılmaktadır.

Vücut hareketi ölçütü kapsamında icra, iradi olarak gerçekleşen bir vücut hareketi ya da bir sonuca iradi olarak neden olma iken ihmal bir vücut hareketinin iradi şekilde yapılmaması ya da bir sonucu iradi olarak önlememektir. Bu kapsamda çocuğuna vurarak onun ölümüne neden olan babanın gerçekleştirdiği eylem ile yüzme havuzuna düşen çocuğun, komşuların yardım etmemesi sonucu ölmesi olayı incelendiğinde her iki olayda da psikolojik davranışın oluşumu yönüyle iç dünya bakımından çocuğun ölümü hedeflenmekle birlikte ilk olayda vücutsal faaliyet (yani çocuğa vurma eylemi); ikinci olayda da vücutsal faaliyetizlikle (yani dış dünyada görülebilecek bir faaliyetin ihmali suretiyle) sonucun meydana geldiği ifade edilebilmektedir.

Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.236.

⁶ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 391.

⁷ “Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi

Madde 83- “...

(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 hükümlenilebileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.”

Buna göre iç dünyada hedeflenen neticeyi bir tarafa bırakacak olursak icra ile ihmal arasındaki ayrımın dış dünyada mümkün olmaktadır.⁸ Enerji kullanma ölçütü de vücut hareketi ölçütüne benzer şekilde icrai davranış ile ihmali davranış arasındaki ayrımı izah etmeye çalışmıştır. Buna göre icra, enerjinin belli yönde kullanılması; ihmal ise enerjinin belirli bir yönde kullanılmaması olarak belirtilmiştir.⁹

Nedensellik ölçütüne göre icrai davranış dış dünyada bir değişiklik meydana getirmekte iken ihmali davranış dış dünyada bir değişiklik yaratmamaktadır.¹⁰ Neticenin meydana gelmesi bir harekete bağlı ise davranış icrai; hareket mevcut olsa da netice meydana gelmiyor ise davranış ihmalidir.¹¹ Karma teori ise vücut hareketi (enerji kullanma) ölçütü ile nedensellik ölçütünü birlikte kullanmaktadır.

İcra-ihmal ayrımında davranışın tamamını göz önünde bulundurarak değerlendirci bir karar vermeyi savunan normatif teorilere göre icra, aktif bir eylem (dar anlamda hareket olarak değerlendirilebilecek bir şey), ihmal ise bir değer yargısı uyarınca sırf bir ihmal olarak kendini gösteren şey olarak izah edilmiştir. Buna göre icrai suçlar doğal olarak belirlenmesine rağmen ihmali suçlar için ayrıca normatif bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaktadır.¹²

Olayın sosyal manasına göre karar verilmesini savunan sosyal mana görüşüne göre icra, bir neticeyi gerektirmektedir. Buna göre icradan bahsedilebilmesi için (örneğin öldürmek eylemi gibi) sosyal mana ve o şeyin doğasına göre tipik olarak gerçekleşen bir irade faaliyeti aranmaktadır. İhmal ise örneğin başarılı olmayan bir ameliyatta hastanın ölmesini önlememek gibi tipik neticenin önlenmemesi olarak izah edilmektedir. Meselenin, davranışın dış görünüşünden ziyade hukuksal değerlendirme problemi olduğunu savunan ağırlık noktası görüşüne göre söz konusu değerlendirme hukuksal ithamın nereye yöneldiği hakkındadır. Burada belirleyici olan husus davranışın

⁸ Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 71.

⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 73.

¹⁰ Rahime Erbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.22.

¹¹ Mustafa Avcı/Erdal Yerdelen, “Karar İncelemesi - Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, XIX, (1), 163-190, s.173.

¹² Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 80.

itham edilebilirliğinin ağırlık noktasının hangi yönde ve nerede olduğudur.¹³ İcrai-ihmali davranış ayrımının belirlenmesinde sorun yaşanan durumlarda nedensel süreç, aktif hareket, vücut hareketi, sosyal mana, davranışın ağırlık noktası ölçütlerinin en az bir tanesinin uygulanması ve bunlara göre davranışın niteliğinin belirlenmesinin makul bir çözüm yöntemi olacağı öne sürülmüştür.¹⁴

İhmali suçlar, öğretide görünüşte ihmali suç ve gerçek ihmali suç şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda teminat yükümlülüğü (garantörlük, garanti yükümlülüğü) olarak adlandırılan¹⁵ ve kişinin, koruma ve gözetim yükümlülüğünü, belirli bir konuya yönelik tehlikenin önlenmesi yükümlülüğünü kasten yerine getirmemesi sonucunda oluşan neticeden sorumlu tutulması görünüşte ihmali suçun konusunu oluşturacaktır. Belirli bir yönde icrai harekette bulunma yükümlülüğüne rağmen kişinin meydana gelebilecek ya da meydana gelmiş neticeyi önlemeye yönelik teminat yükümlülüğünün bulunmadığı ya da herhangi bir neticenin gerçekleşmesine gerek olmayan hâllerde ise gerçek ihmali suçun varlığından bahsedilecektir.¹⁶

Burada, neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan teminat yükümlüsünün neticeyi önleme bakımından soyut bir ahlaki yükümlülüğünden ziyade, (örneğin örf ve adetten kaynaklanan bir yükümlülük) hukuki bir yükümlülüğünün varlığı aranmaktadır. Teminat yükümlülüğü ise kanundan, sözleşme ilişkisinden ya da ön gelen tehlikeli fiilden kaynaklanabilmektedir.¹⁷

4721 sayılı Türk Medeni Kanununda ergin olmayan çocuğun ana ve babasının velâyeti altında olacağı (m. 335), ana ve babanın evli olmaması hâlinde velâyetin anaya ait olacağı (m. 337) düzenlemelerine yer verilmiştir. Velayetin kapsamına ilişkin olarak ise anılan Kanun'da; ana ve babanın, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alacağı ve uygulayacağı (m. 339), ana ve babanın, çocuğu imkânlarına göre eğiteceği ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve

¹³ M. Emin Artuk / Ahmet Gökcen/ Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 262.

¹⁴ Avcı/Yerdelen, “Karar İncelemesi - Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı”, s.174.

¹⁵ Hakan Hakeri, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 77.

¹⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 398.

¹⁷ Özbek/Doğan/Meraklı ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.237.

toplumsal gelişimini sağlayacağı ve koruyacağı (m. 340), çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde ana ve babanın duruma çare bulamaması veya buna güçlerinin yetmemesi halinde hâkimin, çocuğun korunması için uygun önlemleri alacağı (m. 346), ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması durumunda velayetin kaldırılacağı (m. 348) hükümleri düzenlenmiştir. Bahse konu düzenlemeler doğrultusunda evlilik birliğinin varlığından söz edilemeyen durumlarda çocuk, annenin velayeti altına olup annenin çocuk üzerinde kanundan doğan ve çocuğu beslemek, koruma ve gözetim altında bulundurmak ve çocuğun bakımını yapmak şeklinde aile hukukundan kaynaklanan teminat yükümlülüğü bulunacaktır.

I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun **9.11.2022** tarih ve E. 2020/466, K. 2022/709 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; A, evlilik dışı cinsel birliktelik sonucu hamile kaldığı Ç'yi 22.6.2012 tarihinde Kadın Doğum Hastanesinde dünyaya getirir. Bu tarihten üç ay kadar sonra 6.9.2012 tarihinde aile hekimi tarafından A'nın evine gidilerek Ç ile ilgili bir sağlık muayenesi yapılmak istenir. Ancak A, aile hekimine böyle bir bebek dünyaya getirmediğini ileri sürer ve Ç'nin varlığını inkâr eder. Bunun üzerine olay adli mercilere intikal ettirilir ve A hakkında soruşturma başlatılır. Bu soruşturma sürecinde A'nın Ç'yi henüz iki günlük iken bir dere kenarına bıraktığı anlaşılr. Ancak Ç'nin cesedine rastlanmaz.

II. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

Karara konu teşkil eden olayda çözümlenmesi gereken hukuki problemler sırasıyla şunlardır:

1) A'nın dünyaya getirdiği Ç'yi doğumdan kısa bir süre sonra bir dere kenarına bırakması hangi suçu oluşturur?

2) Dere kenarına bırakılan yeni doğan çocuk, sağlığı bozulmuş olmakla birlikte, başkaları tarafından bulunarak canlı olarak hastaneye kaldırılmış ve tedavi edilmiş olsaydı A'nın ceza sorumluluğunu hangi hükümlere göre belirlemek gerekirdi?

3) Dere kenarına bırakılan yeni doğan çocuk, sağlığı bozulmuş olmakla birlikte, başkaları tarafından bulunarak canlı olarak hastaneye kaldırılmış ve fakat tedavi edilmeye çalışılmış olmasına rağmen hastanede ölmüş olsaydı, A'nın ceza sorumluluğunu hangi hükümlere göre belirlemek gerekirdi?

4) Dere kenarına bırakılan yeni doğan çocuğun, başkaları tarafından bulunarak hastaneye kaldırılmış ise de hastanede yapılan muayenede donarak ölmüş olduğu tespit edilmiş olsaydı, A'nın ceza sorumluluğunu hangi hükümlere göre belirlemek gerekirdi?

5) Babası B'nin, yeni doğan çocuğun annesi tarafından dere kenarında bırakıldığını öğrenmesine rağmen, hiçbir şey yapmaması, ceza hukuku sorumluluğunu gerektirir mi?

6) Yeni doğan çocuğun dere kenarına bırakıldığı ispatlanabilmiş ise de, canlı olup olmadığı, ölüp ölmediği konusunda hiçbir verinin elde edilememesi, hiçbir delilin bulunmaması halinde, yargılama usulü ve ceza

hukuku sorumluluğu bağlamında nasıl bir yol izlenmesi gerekmektedir?

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

1) Hınıs Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından A ve B hakkında nitelikli kasten öldürme suçunu müşterek fail sıfatıyla işledikleri iddiasıyla ve TCK, m. 82 (f. 1, bent a, d ve e), m. 37, (f. 1) ... hükümlerine istinaden cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmıştır.

2) İlk derece mahkemesi olarak Hınıs Ağır Ceza Mahkemesi, B'nin beraatine hükmetmiştir.

İlk derece mahkemesi, A'nın alt soya karşı ihmali davranışla kasten öldürme suçunu işlediğini kabul ederek, A hakkında sırasıyla TCK, m. 82 (f. 1, bent d), m. 83 ve m. 62 ... hükümlerine istinaden, sonuç ceza olarak, 16 yıl 8 ay hapis cezasına hükmetmiştir.

3) Yargıtay 1. Ceza Dairesi, söz konusu davada Aile Bakanlığının davaya katılabilmesine yönelik gerekli usûlî işlemlerin yapılmadığı gerekçesiyle bu mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

4) İlk derece mahkemesi, bozma kararına uyarak yaptığı yargılama sonucunda yine aynı cezaya hükmetmiştir.

5) Yargıtay 1. Ceza Dairesi, bu defa yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, A hakkında icrai davranışla kasten öldürme suçundan dolayı TCK, m. 82 (f. 1, bent d ve e) hükümlerine istinaden mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin ikinci mahkûmiyet hükmünün de bozulmasına karar vermiştir. Bu karar oy çokluğu ile verilmiştir. Daire üyelerinden bir kısmı, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün doğru olduğunu kabul ederek karşı oy kullanmışlardır.

6) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin söz konusu bozma kararına karşı,

A'nın *“yenidoğan bebeğini 2 günlük iken yalnız başına dere kenarına bıraktığı daha sonra yapılan aramalara rağmen bulunamadığı sabit olup, ... Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sonunda (hakkında) TCK'nın 82/1-d-e, 83/3. maddeleri gereğince kurulan hükmün yerinde olduğu ve sanık A'nın eylemi, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu oluşturduğundan, hükmün onanması yerine, aksi görüşle bozulmasına karar verilmesinin Kanun'a aykırı olduğu,”*

görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

7) Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise yaptığı inceleme sonucunda, Yargıtay 1. Ceza Dairesi gibi A'nın Ç'ye karşı “öldürme eylemini, **doğrudan kasıtlı ve icrai bir davranışla gerçekleştirdiği kabul edilmelidir**” değerlendirmesiyle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine karar vermiştir. Bu karar da oy çokluğu ile verilmiştir.

Ceza Genel Kurulu üyelerinden bir kısmı, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün doğru olduğunu kabul ederek; bir kısmı ise Ç'nin öldüğüne dair hiçbir delil bulunmadığına göre, A hakkında ihmali davranışla işlenen kasten öldürme suçuna teşebbüsten dolayı cezaya hükmetmek gerektiği gerekçesiyle karşı oy kullanmışlardır.

IV. BİLGİ

1. Beraatine hükmedilen diğer sanık B'nin, yargılama sürecindeki savunmalarından, Ç'nin doğumundan haberdar olduğu, bu kız çocuğunun babası olduğunu inkâr etmediği, bu doğumdan birkaç gün sonra A'nın Ç'yi bir dere kenarına bıraktığı hususunda kendisine bilgi verdiği anlaşılmaktadır.

2. Keza, A'nın, şüpheli veya sanık sıfatıyla alınan ifade ve sorgularındaki anlatımlarından, Ç'yi dere kenarına bıraktıktan sonra bu hususta B'ye bilgi verdiği anlaşılmaktadır.

DEĞERLENDİRME

1) A'nın dünyaya getirdiği Ç'yi doğumdan kısa bir süre sonra bir dere kenarına bırakması eyleminin hangi suçu oluşturacağı,

Sanığın, evlilik dışı ilişki sonucu hamile kaldığı bebeğini hastanede doğurduktan kısa bir süre sonra, 4721 sayılı Kanun hükümleri uyarınca bebeğin hayatını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında olmasına karşın **onu icrai davranışıyla bir dere kenarına bırakması ile** bebeğin hayatının korunmasına, bakım ve gözetimine yönelik emredilen bir davranışı yerine getirmeyerek sonrasında onun yaşam hakkına ilişkin icrai bir davranışta bulunmayarak hareketsiz kaldığı görülmektedir. Nitekim yeni doğan bir bebek kendi başına yaşamını devam ettiremeyecek olup onun varlığını devam ettirebilmesi diğer kişilerin bebeğe yönelik davranışlarına bağlı olmaktadır. Çocuğun hayatının korunmasına ilişkin annenin sahip olduğu özel teminat yükümlülüğü kanundan kaynaklanmakta ve bu yükümlülüğün ihlal edilmesi gerçekleşen neticeye göre bahsedildiği üzere ihmali suçun

konusunu oluşturacaktır. Bebeğin velayet altında bulunduğu anneye, bebek için yöneltilen teminat yükümlülüğünün ontolojik olarak mevcut bulunduğu ve bu yükümlülüğün var olmanın doğasında yer aldığını belirten görüşler de mevcuttur.¹⁸

A'nın dünyaya getirdiği Ç'yi doğumdan kısa bir süre sonra bir dere kenarına bırakması eylemine ilişkin olarak terk suçu ve bu suça yönelik ihtimaller bakımından değerlendirme yapmakta fayda görülmektedir. Bu kapsamda failin yükümlülüğünün kaynağına ve failin kastına odaklanılması gerekmektedir.

Nitekim, Terk Suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 97. maddesinde:

“(1) Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur.”

şeklinde düzenlenmiştir.

Kendini idare edemeyecek durumda olan kimseyi terk fiili, olayın şartlarına göre icrai ya da ihmali davranışla işlenebilecektir. Terk suçu bakımından örneğin bir bebeğin cami avlusu gibi herkesin görebileceği bir yere götürülüp bırakılması icrai davranışla; bir bebeğin evde kendi hâlinde bırakılarak tatile çıkılması hâlinde bebeğin koruma ve gözetim yükümlülüğünden yoksun bırakılması nedeniyle terk suçunun ihmali davranışla işlendiği belirtilmektedir.¹⁹ Doktrinde maddenin birinci fıkrasında yer alan terk suçunun, kanunda tanımlanan belli bir emredici davranışın (terk etmeme) kasten yerine getirilmemesi suretiyle meydana geleceği için gerçek ihmali suç olarak düzenlendiği de belirtilmiştir.²⁰ Diğer bir görüşe

¹⁸ Rahime Erbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 340, Yurtlu da, ihmali davranışın icrai davranış gibi ontik yapısının olduğu kanaatindedir: Fatih Yurtlu, İhmali Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.103.

¹⁹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümleri, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 201.

²⁰ Ersin Turan/Cengiz Otacı, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten Öldürme Suçları, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 1026, Yiğithan Özçalık, Türk Ceza Kanununda

göre ise bu suçun ancak bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan, yani teminat yükümlüsü olan (garantör) tarafından işlenebileceği için 5237 sayılı Kanun'da bir görünüşte ihmalî suç olarak tanımlandığı ifade edilmiştir.²¹ Somut olay bakımından failin cezalandırılabilmesi için failin kastının ortaya çıkarılması gerekmektedir. Şöyle ki olayın gerçekleşme şartları, örneğin bebeğin bırakıldığı yerin, zamanın, hava koşullarının ayrıca değerlendirilmesi suretiyle failin kastı olayın başından itibaren (ki somut olayda fail, bebeği kimsenin gelip geçmeyeceği ve bebeğin bulunmasının imkân dâhilinde olmayan bir yere bırakmıştır.) terk suretiyle mağdurun ölümünün amaçlanması ise ölüm neticesinin ortaya çıkmasına bağlı eylem bakımından TCK'nın 83. maddesinde düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu oluşacaktır. Ancak failin asıl kastı terk olmakla birlikte terk eylemi sonucu ölüm ya da yaralanma meydana gelmişse yukarıda yer verilen TCK'nın 97. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca failin netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümlerinden sorumlu tutulması gerekmektedir.²² Somut olay bakımından değerlendirilecek husus; failin, mağdurun yaşamını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında olmasına rağmen bu yükümlülüğünü kasten ihmal etmiş olması ve bu ihmali davranışın mağdurun ölümü ya da yaralanması riskini yükseltmiş bulunup bulunmamasıdır.

Ç'nin dere kenarına bırakılmasıyla A tarafından, kanundan kaynaklanan teminat yükümlülüğünün kasten ihmal edilmesiyle kaçınılmaz olarak görülen ölüm ya da yaralanma neticesinin meydana gelmesi, icrai davranışla eşdeğer olan bir ihmali davranıştan kaynaklanacaktır.²³

Bahse konu tespit ve değerlendirmeler dışında somut olayın bu aşaması bakımından bebeğin dere kenarına bırakılması eylemi terk suçunun konusunu oluşturacaktır (TCK m. 97/1).

Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesinin kararına konu olan bir olay bu suçun oluşumuna ilişkin yol gösterici olacaktır. Bahse konu kararda fail, doğumdan hemen sonra bebeğini dere yatağına bırakmış ve yetkililer tarafından beş gün

Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.99.

²¹ İzzet Özgenç, "İhmali Suç Teorisi", AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, XXV(4), 303-377, s. 339.

²² Mustafa Arslantürk, Hakaret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 126.

²³ Doktrinde eşdeğerlik kaydı olarak tanımlanan ve ihmali davranışın ne zaman icrai davranışa eşdeğer olacağı hakkında bkz. Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 198.

sonra bebek ölmüş bir şekilde bırakıldığı yerde bulunmuştur.

Bu olayda yerel mahkeme tarafından fiil; ihmali davranışla bebeğini kasten öldürme suçuna (TCK m. 83) teşebbüs şeklinde değerlendirilmiştir. Yargıtay tarafından ise, söz konusu somut olayın terk suçu (TCK m. 97) bağlamında incelenmesi gerektiğinden kararın bozulmasına hükmedilmiştir. Kararın gerekçesinde de bu husus,

“Sanığın, koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan yeni doğan ve yaşı itibarıyla kendisini savunamayacak durumda bulunan mağdura karşı herhangi bir şiddet uygulamaksızın ıssız bir yere kendi haline bıraktığının tespit edilmesi halinde eyleminin TCK’nın 97. maddesinde düzenlenen terk suçunu oluşturup oluşturmayacağının karar yerinde tartışılması suretiyle sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması, ... bozmayı gerektirmiş olup”

şeklinde belirtilmiştir.²⁴

2) Dere kenarına bırakılan yeni doğan çocuk, sağlığı bozulmuş olmakla birlikte, başkaları tarafından bulunarak canlı olarak hastaneye kaldırılmış ve tedavi edilmiş olsaydı, A’nın ceza sorumluluğunu hangi hükümlere göre belirlemesi gerektiği,

Terk eyleminin gerçekleşmesi neticesinde mağdurun sağlığının bozulması durumunda failin, olayın gerçekleşme şartlarına göre kasten/olası kastla yaralama suçundan sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekmektedir (m. 86). Ayrıca bebeğin sağlığının bozulması, onun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma sebebiyet vermişse yine terk suçuna ilişkin netice sebebiyle ağırlaşan hâli düzenleyen TCK m. 97/2 göndermesiyle fail hakkında TCK’nın netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu düzenleyen 87. madde hükümleri (m. 87/1-d) uygulanacaktır. Bu hâlde failin ayrıca terk suçundan cezalandırılması yoluna gidilmeyecektir. Failin ayrıca terk suçundan cezalandırılmamasının nedeni olarak görünüşte içtima kapsamında yardımcı norm türü olarak ifade edilen geçitli suçlar bağlamında²⁵ bir değerlendirme yapmak yanlış olmayacaktır. Doktrinde *“Failin bir suçu işlemek için aynı hukuki değeri koruyan daha hafif bir suçtan geçmek zorunda olduğu hallerde geçit suçu söz konusu olur.”* şeklinde tanımlanan geçit suçlarının; cezalandırılmayan

²⁴ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2016/1572 E., 2016/2536 K., 23.05.2016.

²⁵ Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2008, 7(14), 35-49, s. 46.

önceki eylem kapsamında sayıldığı ve görünüşte içtimanın bir türünü oluşturduğu belirtilmiştir. Ancak somut olay bakımından ayrıca terk suçundan cezalandırmama hususunda geçerli suçlarda belirtilen zorunluluk şartının aranmaması gerektiği, farklı neviden fikri içtima için kabul edilen ve en ağır ceza hükümlerinden sanığın cezalandırılmasını öngören erime sisteminden²⁶ hareket edilerek failin yalnızca terk suçu nedeniyle ortaya çıkan netice sebebiyle ağırlaşan hâlden cezalandırılması gerektiği ifade edilebilmektedir (TCK m. 97/2).

Somut olayda sağlığı bozulan bebek yönünden failin TCK'nın 87. maddesinin uygulanması suretiyle cezalandırılması ve bebeğin sağlığının bozulması, onun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma sebebiyet vermişse failin (m. 87/1-d-netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama) hükmünden²⁷ sorumlu tutulacağı ifade edilmişse de²⁸ ağır yaralanma neticeleri bakımından failin kastına yönelik bir inceleme yapmakta fayda görülmektedir. Şöyle ki terk eden, terk edilenin sağlığının bozulabileceğini öngörmesine rağmen bu muhtemel netice bakımından kayıtsız kalıp bir önlem almayarak “hastalanırsa hastalansın” düşüncesi ile hareket etmişse ihmali davranışla işlediği kasten yaralama (TCK m. 88) suçundan sorumlu tutulacaktır.²⁹ Ancak burada eylem TCK'nın kastı tanımlayan 21. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca failin olası kastının varlığını gündeme getirecektir. Söz konusu fıkra olası kast “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Fail bu ihtimalde, neticenin gerçekleşmesini kabullenmiş/kayıtsız kalmış ve nihayetinde eylemi gerçekleştirmiştir.

²⁶ “*Erime sistemi (Absorptionsprinzip/Einschlußprinzip) tespit edilen cezalardan sadece en ağırının uygulanması esasına dayanır. TCK'nın farklı nev'iden fikri içtimayı düzenleyen 44. maddesinde de erime sistemi benimsenmiştir.*” bkz. Neslihan Göktürk, Fikri içtima (Suçların İçtimai), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 13.

²⁷ Bahse konu hüküm TCK'da:

“Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama

Madde 87- (1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

...

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

...

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁸ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümleri, s. 202.

²⁹ Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 339.

Diğer taraftan somut olay kapsamında değerlendirilmesi gereken başka bir husus, bebeğin canlı olarak bulunmuş ve tedavi ettirilmiş olması nedeniyle failin ihmali davranışla kasten öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Bu yönde bir eylemin olası kastla gerçekleştiği düşünüldüğünde, ihmali davranışla kasten öldürme suçu bakımından; ihmali suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı ve olası kastla işlendiği düşünülen bahse konu suça ilişkin sanık bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkacaktır.³⁰ Öncelikle, olası kastla işlenen suçlara ilişkin fail hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının değerlendirilmesi gerekirse; doktrinde bu konuda iki farklı görüş yer almaktadır. Bunların ilkinde teşebbüs hükümlerini düzenleyen maddede kastın türü bakımından bir ayırım yapılmadığı gerekçesiyle olası kastla işlenen suçlara teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği ve sorumluluğun netice ile sınırlı olarak belirlenmesi gerektiği³¹; diğer görüşte ise anılan maddede “işlemeyi kastettiği” şeklinde bir ibareye yer verildiğinden ve kastın “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” olarak tanımlandığından olası kastta “bilme” ve “isteme”nin söz konusu olmaması nedeniyle bu suçlara ilişkin teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir.³² Bu görüşe katılmak olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanmaması neticesinde sorumluluk alanını sınırlandırması ve kast başlığı altında bir ayırım yapılmadan her iki türü kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılması nedeniyle mümkün görünmemektedir.

İhmali davranışla kasten öldürme suçuna ilişkin teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı bakımından;

Üçüncü kişilerin bebeği kurtarması ve hastanede tedavi ettirmesi failin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ve söz konusu suça teşebbüsten,

³⁰ Bu hâlde A’nın cezai sorumluluğu olası kasta işlenmiş suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği meselesi ile bağlantılı olarak çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

³¹ Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994, s. 165, Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 560, Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 8. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2021, s. 316, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun son yıllarda verdiği kararlarda “*olası kastla öldürme suçuna teşebbüs mümkün olmadığından*” denilerek olası kast ile teşebbüsün bağdaşmayacağı belirtilmektedir YCGK, 2018/121 E., 2021/388 K., 14.9.2021.

³² Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 342, Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 312.

süreç üzerinde hâkimiyeti kalmayan failin cezalandırılması cihetine gidilmesi gerektiği belirtilmiştir.³³ Dere kenarına bırakılan bir bebeğin hayatı bakımından doğrudan bir tehlike meydana gelmeyeceği ifade edilebilirse de bakım ve gözetim yükümlülüğü ihmal edilerek bebeğin özellikle beslenme ihtiyacının karşılanmaması suretiyle sağlığının bozulması hâli, hayatın olağan akışına uygun bir şekilde ve kesin olarak meydana gelecektir. Kesinlik arz eden bu durum, başlı başına müstakil bir suç tipi olarak tanımlanan ve bu yönüyle ihmali suç tipini oluşturan bu eylemin; kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçuna teşebbüs hükümlerinin ihmal suretiyle işlenmesi suçunun (TCK m. 83) somut olaya uygulanmasını gerektirmektedir. Neticenin maddi unsur olarak değerlendirilip ontik anlamda bir nedensellik ilişkisi kabul edildiğinde ihmali suçlara teorik olarak teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir. Ancak konu ile ilgili olarak TCK'nın teşebbüs hükümlerini düzenleyen 35. maddesi incelendiğinde bu hükmün yalnızca icrai suçlar bakımından uygulanabileceği, ihmali suçta teşebbüsün failin ihmali davranışının başlı başına bir cezai yaptırımı gerektirmesi hâli saklı kalmak kaydıyla cezalandırılmayacağı, meydana gelen neticeye göre failin sorumluluğu yoluna gidilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.³⁴ Bu görüşe göre failin tamamlanmış kasten yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekmektedir.

Katıldığımız ilk görüşten hareketle, failin kastına göre, müstakil bir suç tipini oluşturan ihmal suretiyle kasten öldürme suçuna teşebbüs hükümlerinin A bakımından uygulanmasına somut olay bakımından bir engel bulunmamaktadır. Ancak burada suçun nitelikli hâlleri³⁵ de dikkate alınarak sonuç cezanın belirlenmesi gerekmekte olup failin cezasında indirim yapıp yapmama hususu ise yine mahkemenin takdirinde olacaktır.

³³ Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 326.

³⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 582.

³⁵ “Kasten yaralama

“Madde 86

(3) Kasten yaralama suçunun;

...

a) Üstsoya, altsoya, eşe, boşandığı eşe veya kardeşe karşı,

b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında, (f) bendi bakımından ise bir kat artırılır.”

3) Dere kenarına bırakılan yeni doğan çocuk, sağlığı bozulmuş olmakla birlikte başkaları tarafından bulunarak canlı olarak hastaneye kaldırılmış ve fakat tedavi edilmeye çalışılmış olmasına rağmen hastanede ölmüş olsaydı, A'nın ceza sorumluluğunun hangi hükümlere göre belirlenmesi gerektiği,

Bebeğin sağlığının bozulması hâlinin terk eyleminden sonra gerçekleştiği düşünüldüğünde; A'nın ceza hukuku sorumluluğu terkin sonucuna göre belirlenecektir. Bu bağlamda, terk sonucunda Ç'nin sağlığının bozulmuş olması A'nın TCK'nın 97/2 hükmüne istinaden (netice sebebiyle ağırlaşan suçtan) cezalandırılmasını gerektirmektedir. İki günlük bir bebeğin kimsenin göremeyeceği bir dere kenarına bırakılması sonucunda bebeğin sağlığının bozulacağı hatta bunun sonucunda ölüm neticesinin meydana geleceği öngörülebilmektedir. Ancak ölüm neticesinin meydana gelmesi bakımından olayın gerçekleşme şartları itibarıyla A tarafından bebek için ölürse ölsün denilerek kayıtsız kalırsa ve mağdur öldürme kastı ile terk edilmişse artık A'nın terk suçundan ziyade işlemek istediği başkaca bir suçtan yani somut olay bakımından ihmali davranışla işlenen kasten öldürme suçundan cezalandırılması cihetine gidilmesi gerekmektedir (TCK m. 83).³⁶ Teminat yükümlüsünün bu amaçla bebeği terk etmesi bahse konu hükmün uygulanmasını gündeme getirecektir. Bu ihtimalde, yapılan tedavilere rağmen bebek kurtarılamamış ve ölüm neticesi gerçekleşmiştir. Bebeğin bırakıldığı yer ve şartlar incelendiğinde, sağlığının bozulması, günlük hayat tecrübelerine göre kesin olarak değerlendirilmektedir. Ancak burada yine suçun nitelikli hâlleri de dikkate alınarak sonuç cezanın belirlenmesi gerekmekte olup failin cezasında indirim yapıp yapmama hususu ise yine mahkemenin takdirinde olacaktır.

4) Dere kenarına bırakılan yeni doğan çocuk, başkaları tarafından bulunarak hastaneye kaldırılmış ise de hastanede yapılan muayenede çocuğun donarak ölmüş olduğu tespit edilmiş olsaydı, A'nın ceza sorumluluğunu hangi hükümlere göre belirlenmesi gerektiği,

Yeni doğmuş bir bebeğin dondurucu soğuğa rağmen kış aylarında kimsenin göremeyeceği bir yere bırakılması eyleminden hareketle bebeğin ölmesi bakımından annenin kasten hareket ettiği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Doktrinde bu eylem bakımından ölüm neticesinin

³⁶ Özlem Yenerer Çakmut, “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m. 97)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, LXV, (2), 49-76, s. 69.

muhtakak gerekleŖeeğinden bahisle failin icrai davranıŖından sorumlu tutulması gerektiğiy³⁷, kış mevsiminde ıssız bir yere terk edilen bebek bakımından annenin hem ihmali hem de icrai davranıŖla hareket ettiğiy ancak kasıtlı icrai hareketi karŖısında ceza adaletinin sağlanması bakımından ihmalin geri çekilmesi gerektiğiy³⁸ ve sonuç cezanın icrai davranıŖla kasten öldürme suçundan belirlenmesi gerektiğiy belirtilmiŖtir.

Yargıtay da bir kararında bebeğın ıssız bir alana bırakılıp terk edilmesi eylemi bakımından:

“Doğurduğu bebeğiy beslemek, bakımını yapmak ve korumak gibi hukuki yükümlölölük altında bulunan ve bu bakımdan garantör konumunda olduğu hususunda tereddüt bulunmayan sanığın, bu hukuki yükümlölölüklerini de yerine getirmemekle birlikte, yeni doğmuş, savunmasız hâlde bulunan ve hiçbir ihtiyacını kendisi karŖılayamayan 5 günlük bebeğiy, güvende olduğu evden alarak başkaları tarafından bulunması mümkün olmayan ıssız bir yere götürüp ölüme terk etme eyleminin, bebeğın karnını doyumlamak gibi ihmali bir hareket olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bebekten kurtulmak amacını taşıyan sanık, öleceğini bildiğiy halde bebeğın ıssız bir yere götürerek kendi halinde bırakmış ve kaçınılmaz netice olan ölüm meydana gelmiŖtir. Sanığın bu eyleminin bebeğiy boğma veya darp etme gibi aktif bir davranıŖtan farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle sanığın öldürme eylemini, doğrudan kasıtlı ve icrai bir davranıŖla gerekleŖtirdiğiy kabul edilmelidir.” Ŗeklinde değerlendirmede bulunarak öldürme suçunun doğrudan kastla ve icrai davranıŖla gerekleŖtiğini belirtmiŖtir. Ancak bahse konu kararda gerekleŖtirilen eylemin icrai davranıŖ olmadığı ve bu tespitin ihmali fiilin cezalandırılmasını sağlayan “eŖdeğerlik kaydına” gönderme yapıldığı da belirtilmiŖtir.³⁹

Somut olayın gerekleŖme Ŗartlarının yaz ayları olması bakımından bebeğın donarak ölmesi annenin icrai davranıŖtan ziyade ihmali davranıŖı sonucu gerekleŖtiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Somut olaydaki ölüm neticesi annenin bebeğın dere kenarına götürüp bırakması suretiyle gerekleŖmemiş olup ölüm neticesi, bebeğın bırakıldığı yerde savunmasız bırakılması suretiyle donmasından kaynaklanarak gerekleŖmiŖtir. Bu

³⁷ Koca/Üzölmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümleri, s. 202.

³⁸ V. Özer Özbek/Koray Doğın/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.306.

³⁹ Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 124.

bakımdan A'nın kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan (TCK m. 83/3) sorumluluğu yoluna gidilmesi, bebeğin birileri tarafından bulunmasının ihtimal dâhilinde olmadığı bir yere bırakıldığı tespit edildiğinde ise A'nın doğrudan kastının varlığından hareketle cezanın belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim söz konusu ihmâl; icraî davranışa eşdeğer niteliktedir.

Ancak bu gibi hâllerde failin cezasında indirim yapıp yapmama hususu yine mahkemenin takdirinde olacaktır.

5) Babası B'nin, yeni doğan çocuğun annesi tarafından dere kenarında bırakıldığını öğrenmesine rağmen hiçbir şey yapmamasının, ceza hukuku sorumluluğunu gerektirip gerektirmediği,

Baba B'nin de çocuk üzerinde anne gibi bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. A ile B resmî olarak evli olmadıkları için bu yükümlülük baba yönünden velayet ilişkisinden olmasa da “çocuk ile anne ve baba arasındaki doğal ve hukuki bağ” olarak ifade edilen altsoy-üstsoy hısımlığından yani soybağından kaynaklanabilecektir.⁴⁰ Bahse konu yükümlülük ise çocuğa karşı işlenmekte olan bir suçun işlenmesinin önlenmesi yükümlülüğünü de kapsamaktadır.⁴¹ İşlenmiş olan suça iştirak hükümleri uygulanamayacak olmakla birlikte terk eylemi sonucu meydana gelebilecek ve suç vasfını haiz diğer neticeler bakımından babanın, bebeğin terk edildiği yeri bilmesi hâlinde kurtarmak için bir davranışta bulunması, yeri bilmiyorsa kolluk kuvvetlerine başvurması beklenecektir. Babanın bu şekilde bir çaba göstermesine rağmen bebeğin ölü bulunması hâlinde ölüm neticesinden sorumlu tutulmaması; harekete geçerek neticeyi önleyebilecek durumda olmasına rağmen pasif davranmış ve ölüm neticesi gerçekleşmişse bu hâlde kasten öldürme suçundan babanın sorumlu tutulması gerekmektedir. İkinci ihtimal bakımından neticenin sınırlandırılması hâlen mümkün ise suçu bildirmeme suçunun (TCK m. 278/2) oluştuğu ifade edilebilirse de⁴² fikri içtima hükümleri uyarınca babanın en ağır cezayı gerektiren suçtan yani ihmali davranışla işlenen kasten öldürme

⁴⁰ İhsan Erdoğan/Dilşat Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 261.

⁴¹ İzzet Özgenç, “İcraî Suça İhmali Davranışla İştirak, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, in: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2014, 2(1), 1-10, s. 6.

⁴² Bahse konu suç bakımından suçun tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler tarafından işlenmesi hâlinde cezaya hükmolunmayacağı düzenlenmesinden bahisle şahsi cezasızlık sebebi de gündeme gelecektir (TCK m. 278/4). Nitekim olayda A ile B arasında resmi bir evlilik olmasa da şahıslar arasında ikinci dereceden kayın hısımlığı ilişkisinin mevcut olduğunun gözden kaçırılmasında fayda görülmektedir (CMK, m. 45/1-d).

suçundan cezalandırılması gündeme gelecektir.

Burada bir ölüm neticesi meydana gelmiş ise babanın sorumlu tutulabilmesi için babanın terk fiilinden ne zaman haberdar olduğu(ölümünden önce mi sonra mı?) önemli bir ayrıntı olacaktır. Bu kapsamda ilk derece mahkemesi tarafından baba hakkında verilen beraat kararının sorgulanması önem arz etmektedir.

6) Yeni doğan çocuğun dere kenarına bırakıldığı ispatlanabilmiş ise de canlı olup olmadığı, ölüp ölmediği konusunda hiçbir verinin elde edilememesi, hiçbir delilin bulunmaması halinde, yargılama usulü ve ceza hukuku sorumluluğu bağlamında nasıl bir yol izlenmesi gerektiği,

Somut olayda, ilk derece mahkemesi kararı incelendiğinde ayrıca henüz cesedine ulaşılamayan veya ölüp ölmediği belli olmayan ve nüfus kütüğüne bir isim verilerek kaydı yapılmayan bebeğin çocuk esirgeme kurumuna bırakılma ihtimaline istinaden Erzurum il merkezi dâhil olmak üzere Kars, Ağrı, Bayburt, Ardahan, Muş, Bingöl, Erzincan illeri çocuk yuvaları ile yazışmalar yapıldığı ve alınan cevaplarda çocuk esirgeme kurumunda buluntu bir bebek olmadığı bilgisi yer almaktadır. Bu kapsamda henüz ölüp ölmediği hakkında bir fikir sahibi olunmayan bebeğin gaip olma ihtimalinin değerlendirilmesinde fayda görülmektedir.

Bilindiği üzere 4721 sayılı Kanun'da sağ ve tam doğum ile başlayan kişiliğin, ölümle sonra ereceği düzenlenmiştir (m. 28/1). Ölüm dışında gaiplik kararı ve ölüm karinesi de kişiliği sona erdiren hâller arasında sayılmaktadır.⁴³

Somut olay ile ilgili olarak kişiliği sona erdiren hâllerden gaiplik müessesesini incelemek gerekirse 4721 sayılı Kanun'da gaiplik; *“Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.”* şeklinde düzenlenmiştir (m. 32/1).

Ayrıca Kanun'da yer alan *“Sağ olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilirse ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçerse, Hazinesin istemi üzerine o kimsenin gaipliğine karar verilir.”* düzenlemesi uyarınca yine

⁴³ İhsan Erdoğan/Dilşat Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, s. 317.

kişi hakkında gaiplik kararı verilebilecektir (m. 588/1).

Bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması, kendisinden uzun zamandan beri haber alınamaması ya da bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payının on yıl resmen yönetilmesi ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı sürenin geçmesi gerekmektedir.

Gaiplik kararı bakımından ilk iki hâli inceleyecek olursak; yalnızca kaybolma ya da haber alınamama durumu yeterli olmayıp kararın verilebilmesi bakımından bu hâller üzerinden belli bir sürenin geçmiş olması da gerekmektedir. Bu süreler 4721 sayılı Kanun'da "*Gaiplik kararının istenebilmesi için ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir.*" şeklinde yer almaktadır (m. 33/1). Buna göre; bahse konu süreler geçmeden kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi için hak sahipleri tarafından bir başvuru yapılamayacaktır. Yine gaipliğe karar verilebilmesi için o kişinin ölümüne, olası gözle bakılması gerekmektedir. Olası hâlden ziyade kesinlik arz eden bir durum söz konusu olursa; 4721 sayılı Kanun'da yer alan "*Kişinin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.*" düzenlemesi uyarınca ölüm karinesinin uygulanmasının gündeme gelmesi beklenecektir.⁴⁴ Bu durumda anılan Kanun'un 44. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülkî amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşürülür.*" düzenlemesi uyarınca kişi hakkında ölü kaydı düşülecektir. Burada, gaiplikte olduğu gibi kaydın düşülmesi bakımından belirli bir sürenin geçmesini bekleme ya da ilan şeklinde gerçekleşen uzun süreç gerektiren işlemlere ihtiyaç duyulmamaktadır.⁴⁵

Bu kapsamda uçağın havada parçalanması suretiyle denize düşmesi sonucu uçaktakilerin ölümüne kesin gözle bakılabilecekse de Erciyes Dağında kayak sporu yapan bir kişinin kaybolması hâlinde onun ölümüne olası gözle bakılabilecektir. Buna göre, ilk örnekte ölüm karinesi; ikinci örnekte ise gaiplik hükümleri uygulanabilecektir.

⁴⁴ Süleyman Yılmaz/Abdülkerim Yıldırım, Medeni Hukuk I (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.112.

⁴⁵ Şaban Kayıhan, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2022, s. 25.

Ancak madde metninde yer alan iki hâlin gerçekleşmesi ve bu hâllere ilişkin sürelerin geçmiş olması gaiplik kararı verilebilmesi için yeterli olmayacaktır. Bu kapsamda “*hakları bu ölüme bağlı bulunan kimselerden birinin*” sulh hukuk mahkemesine (HMK m. 382-383) başvurarak mahkeme aracılığıyla gaiplik kararı alması gerekecektir (4721 sayılı Kanun m. 32). Kendisine yapılan başvuru üzerine hâkim, gaip hakkında bilgisi olan kimseleri belirli bir süre içinde bilgi vermek üzere ilanla davet edecek olup bu süre ilk ilan tarihinden itibaren en az 6 ay olarak belirlenmiştir. Bekleme süresi içerisinde hakkında gaiplik kararı verilmesi için başvuru yapan kişi ortaya çıkarsa ya da öldüğü tarih belirlenebilirse gaiplik talebi düşecektir (4721 sayılı Kanun m. 34).

Yapılan ilanlar sonucunda gaibin hayatta olduğuna ya da ölmüş olduğuna dair bir bilgi veren ortaya çıkmaz ise hâkim gaipliğe karar verecektir. Gaiplik kararı ise mahkemelerce 10 gün içinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilecektir. Bildirimden sonra ise nüfus memurlarınca bu karar aile kütüklerine tescil edilecektir (NHY m. 78).

Karar, gaiplik kararının verildiği andan itibaren değil geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır. Bu durumda kişilik, geçmişe etkili olarak gaibin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu ya da kendisinden en son haberin alındığı andan itibaren sona erecektir.⁴⁶

Bebeğin doğumdan 2 gün sonra yani 24/06/2012 tarihinde terk edildiği iddia edilen somut olayda bebeğin gaipliği hakkında ölüm tehlikesi içinde kaybolma ihtimali için 24/06/2013 tarihinden önce başvuru yapılamayacaktır. Bebek hakkında uzun zamandan beri haber alınamama düzenlemesi bakımından gaipliği için başvurulacak süre ise en erken 24/06/2017 tarihi olacaktır. Bu süreler kapsamında bebek hakkında gaiplik başvurusu yapılmadan yürütülen soruşturma ve kovuşturma kapsamında 12/02/2015 tarihinde ilk derece mahkemesi tarafından sanık (A) hakkında “*normal şartlarda çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunmayacak bir durumda bulunan alt soydan birine karşı işlenen kasten öldürme eylemi için kanunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ön görülmüş olması sebebiyle sonuç ve kabule göre TCK’nın 83/3 maddesi uyarınca sanık hakkında temel ceza olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine takdiren alt sınırdan hüküm kurularak süreli 20 yıl hapis cezasıyla sanığın cezalandırılması ve neticeten TCK’nın 62/1.maddesi uyarınca 16 yıl 8 Ay hapis cezasıyla cezalandırılması*”

⁴⁶ Erdoğan/Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, s. 328.

kararı verilmiştir.

Ancak yapılacak gaiplik başvurusu üzerine gerekli diğer şartların gerçekleşmesi hâlinde, hukuk mahkemesi tarafından bebeğin gaipliğine hükmedilmesiyle kişinin öldüğüne yönelik bir karine meydana geleceğinden somut olay bakımından, sanığa isnat edilen suçun ispatı başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı olacaktır. Bu kapsamda ceza mahkemesi görevli mahkemeye yapılan gaiplik başvurusunun sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilecektir (CMK m. 218/1). Bekletici sorun kararının verilmesinden sonraki süreçte ise görevli mahkeme tarafından karar verilmeye kadar ceza yargılamasının durması beklenecektir.⁴⁷ Hukuk mahkemesi tarafından bebeğin gaipliğine karar verilmesi hâlinde gaiplik kararının hüküm ve sonuçları bağlamında kişilik sona ereceğinden bu hâlde sanığın ihmali davranışla öldürme eyleminden cezalandırılması da söz konusu olabilecektir.

4721 sayılı Kanun'da yer alan gaiplik hükümleri yerine ölüm karinesinin uygulanması suretiyle bebeğin öldüğü kabul edilerek bir süre geçmesine de bağlı olmadan bebek hakkında ölüm kaydının düşüldüğü ihtimaline istinaden bahse konu kararda bir sorun olmadığı düşünülmektedir. Ancak bu şekilde bir karar alınmaksızın ya da ölümün gerçekleştiğine dair bir bilgi sahibi olunmaksızın kasten öldürme suçunun tamamlanmış şekli ile netice bakımından ölümün gerçekleştiğinin henüz kesin olarak bilinmediği, bebeğin canlı olup olmadığına yönelik bir fikir sahibi olunmadığı ve hiçbir delilin de bulunmadığı somut olayda; sanık hakkında bebeğin terk edilmesi ile ölüm sonucu arasında bir nedensellik bağı kurulması suretiyle ölüm olayının mutlakıyetinden yola çıkılarak mahkeme tarafından sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesinin ceza muhakemesinin en önemli ilkelerinden biri olan ve *"in dubio pro reo"* olarak ifade edilen yani *"şüpheden sanık yararlanır"* ilkesine aykırı olacağı ifade edilebilmektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2012/6-1309 Esas, 2013/258 Karar sayılı kararında, şüpheden sanık yararlanır ilkesine yer vererek; *"Gerçekleşme şekli şüpheli ve tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, bir suçun gerçekten işlenip işlenmediği veya işlenmiş ise gerçekleştirilme biçimi konusunda şüphe belirmesi halinde uygulanacağı gibi suç niteliğinin belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Ceza mahkûmiyeti, yargılama sürecinde toplanan delillerin bir kısmına dayanılarak*

⁴⁷ Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.81

ve diğer bir kısmı göz ardı edilerek ulaşılan ihtimali kanaate değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, hiçbir şüphe ve başka türlü bir oluşa imkân vermeyecek açıklıkta olmalıdır.” şeklinde görüşünü açıklamıştır. Bu yönü ile varsayımlara dayanılarak eylemin tamamlandığının kabul edilmesi sanığın ağır yaptırımlar ile karşı karşıya kalmasına neden olacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne de şüpheli ölümler kapsamında “yaklaşık yirmi yıl önce gözaltına alındıktan sonra kaybolan eşi ile ilgili soruşturmanın etkili olarak yürütülmemesi ve zamanaşımına uğraması nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği (Birsen Gülünay B. No 2013/2640)”, “bir kişinin kaybolması hakkında başlatılan ceza soruşturmasının etkisiz yürütülmesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği (Mehmet Özcan B. No: 2015/3752), “güvenlik güçlerince gözaltına alındığı iddia edilen bir kişiden bir daha haber alınamaması ve bu olay hakkında başlatılan ceza soruşturmasının etkisiz yürütülmesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği (Alya Demir ve Mehmet Demir B.No: 2015/7584)”, “güvenlik güçlerince gözaltına alındığı iddia edilen bir kişinin zorla kaybedilmesi olayı hakkındaki ceza soruşturmasının etkisiz yürütülmesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği (Rizgin Birlik B. No: 2015/19320)” iddialarıyla bireysel başvurular yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise ölümün gerçekleştiğinin belirlenemediği söz konusu durumlara ilişkin olarak etkin bir soruşturma yapılmaması iddiasının yürütülen soruşturmanın etkisizliği nedeniyle yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edilebileceğine yönelik inceleme yapmıştır.

Bahse konu incelemeler kapsamında Mahkeme;

- Bir olayda yaşam hakkına ilişkin ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan birinin de doğal olmayan bir ölüm meydana gelmesi olduğu, bununla birlikte başvurucuya karşı gerçekleştirilen eylemin niteliği ve failin amacı gibi somut olayın koşulları dikkate alınarak ölüm olayının gerçekleşmediği bazı durumların da yaşam hakkı çerçevesinde incelenemesinin mümkün olduğu,

- Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usule ilişkin boyutunun yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkân tanıyan etkili bir soruşturma yürütülmesini gerektirdiği,

- Soruşturmanın etkililik ve yeterliliğinin temini adına soruşturma makamlarının resen harekete geçmesi ve ölüm olayını aydınlayabilecek,

sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerektiği, soruşturmada ölüm olayının nedenini veya sorumlu kişilerin ortaya çıkarılması imkânını zayıflatan bir eksikliğin, etkili soruşturma yürütme kuralıyla çelişme riski taşıyacağı.

• Ölüm tehlikesi içeren koşullarda kaybolan kişilerle ilgili olaylar açısından da söz konusu yükümlülüklerin geçerli olacağı ve kaybolmanın üzerinden geçen zaman uzadıkça, kendisinden haber alınamayan kişinin ölmüş olma olasılığının daha da kuvvetlendiğinin açık olduğu,

sonucuna varmıştır.

Söz konusu değerlendirme ve sonuçların somut olaya uygulanması hâlinde, ölüm sonucunun gerçekleşme olasılığı kuvvetli olsa da etkin bir muhakeme süreci yürütülmeden sanık hakkında suçun tamamlanmış hâlden mahkûmiyete hükmedilmesi etkili soruşturma yükümlülüğü bakımından bir ihlale de neden olabilecektir.

AİHM tarafından ise kaybolduğu iddia edilen kişiler bakımından ölümün gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin; kayıp kişiden en son haber alındığı tarihten itibaren geçen sürenin, kayıp kişinin ölü kabul edilmesine karar verilmesi için tek başına yeterli olmayacağı, ölümün kabul edilebilmesi için kaybolma olayının hangi şartlarda gerçekleştiğinin de dikkate alınması gerektiği, şartlar bakımından bir değerlendirme yapıldığında kaybolmanın üzerinden geçen zaman uzadıkça kendisinden haber alınamayan kişinin ölmüş olma olasılığının daha da kuvvetlendiğinin de açık olduğu, hayatını tehlikeye atan koşullarda örneğin dört yılı aşkın bir süreden beri kayıp olan genç bir kişinin öldüğünün varsayıldığı belirtilmiştir.⁴⁸

Ölüp ölmediği konusunda hiçbir verinin olmadığı ve hakkında gaipliğine de hükmedilmeyen bebek aleyhine olmak üzere, sanığın işlediği suç bağlamında bu kapsamda bir değerlendirme yapmak gerekirse; AİHM'nin de kararlarında yer verilen *“kaybolmanın üzerinden geçen zaman uzadıkça kendisinden haber alınamayan kişinin ölmüş olma olasılığının daha da kuvvetlendiğinin de açık olduğu”* tespitiyle ilgili olarak kuvvetli olasılık kapsamında olan ölüm neticesine dair sanığın kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu

⁴⁸ AİHM, Timurtaş/Türkiye, B. No: 23531/94, §§ 82, 83, 13.6.2000, AİHM Osmanoğlu/Türkiye, B. No: 48804/99, §§ 55-58, 24.01.2008, AİHM, Tanış ve diğerleri/Türkiye B. No: 65899/01, § 210, 02.08.2005, AİHM, Vagapova ve Zubirayev/Rusya B. No: 201080/05, 14.09.2009, AİHM Meryem Çelik ve diğerleri/Türkiye, B. No. 3598/03, § 75, 16.04.2013, AİHM, Tahsin Acar/Türkiye, B. No: 26307/95, § 226, 08.04.2004.

işlediği şeklinde bir hüküm kurulması da söz konusu olabilecektir. Ancak gaipliğine karar verilen mağdurun ileride ortaya çıkması ihtimaline karşılık ceza adaletinin sağlanması hususunda gerçekleştiği düşünülen ölüm neticesi hakkında, sanık lehine olmak üzere suça ilişkin teşebbüs hükümlerinin uygulanması sonuç ceza bakımından makul bir çözüm yöntemi olabilecektir.

SONUÇ

Gerekçesiyle birlikte değerlendirilen **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.11.2022 tarih ve E.2020/466, K.2022/709 sayılı** kararına esas olay bakımından ıssız bir dere kenarına bırakılması suretiyle terk edilen ancak henüz öldüğüne dair bir delil de bulunmayan bebek aleyhine gerçekleşen söz konusu eylem bakımından Yargıtay 1. Ceza Dairesi icrai davranışla kasten öldürme suçundan dolayı (TCK, m. 82 (f. 1, bent d ve e)) hükümlerine istinaden mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi şeklinde verdiği mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir. Başsavcılık tarafından eylemin ihmali davranışla gerçekleştiği yönündeki itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise; Yargıtay 1. Ceza Dairesi gibi eylemin “doğrudan kasıtlı ve icrai bir davranışla gerçekleştirdiği kabul edilmelidir.” değerlendirmesiyle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine oy çokluğu ile karar vermiştir. Bahse konu karar üzerinden terk suçu, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hâli, henüz cesedi bulunmayan bebek hakkında kişiliği sona erdiren Türk Medeni Kanun Hükümleri, ihmal suretiyle kasten öldürme suçu ve söz konusu suçun olası kastla işlenmesi hâlinde teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına dair hususlar incelenmiştir.

Terk eylemi kapsamında gerçekleşen diğer neticeler bakımından failin kastına göre bir değerlendirme yapılacak olup bu bağlamda ihmali davranışla ve olası kastla işlenen suçlar bakımından failin elinde olmayan nedenlerle bu suçların tamamlanamaması hâlinde de teşebbüs hükümlerinin uygulanmasında bir sakınca görülmemektedir. Ancak ilk derece mahkemesi ve Yargıtay tarafından verilen kararlarda, henüz hayatta olup olmadığı konusunda hiçbir verinin bulunmadığı bebek hakkında 4721 sayılı Kanun’da yer alan ve kişiliğin sona ermesi hâlleri kapsamında düzenlenen gaiplik ve ölüm karinesine dair hükümler yönünden bir değerlendirme ve tespit yapılmamıştır. Nitekim gaiplik kararı verilmesi ya da ölüm karinesi bakımından ölüm kaydının düşülmesi başka mercilerin görev alanına girmektedir. Gaiplik kararı verilmesiyle ya da ölüm karinesi bağlamında ölüm kaydının düşülmesi bakımından kişiliğin sona erdiği ifade edilecekse de gaiplik ve ölüm karinesi

için gereken sürecin tamamlanması bakımından 4721 sayılı Kanun'da düzenlenen süre ve sürece esas olmak üzere ceza mahkemesi tarafından, bekletici sorun kararı verilmesi, merciiler tarafından bu konuda bir karar verilinceye kadar ise ceza yargılamasının durması gerekmektedir. Yargıtay kararında “*somut olay bakımından ölüm olayının gerçekleşeceği muhakkak olsa da*” şeklinde bir değerlendirme yapılsa da etkin bir muhakeme süreci yürütülmeden sanık hakkında suçun tamamlanmış hâlden hüküm vermek, hak ihlali iddiasıyla gelecekte Anayasa Mahkemesine yapılması beklenen bireysel başvuru kapsamında, Mahkeme'nin etkili soruşturma yükümlülüğü bakımından bir ihlale karar vermesi ihtimalini de beraberinde getirecektir. Yine, ölüm olayının mutlakıyetinden yola çıkılarak sanık hakkında mahkeme tarafından kasten öldürme suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesinin ihlaline de neden olabilecektir. Bu kapsamda ceza adaletinin sağlanması bakımından sanık lehine olmak üzere kasten öldürme suçuna ilişkin teşebbüs hükümlerinin uygulanması, sonuç ceza bakımından makul bir çözüm yöntemi olacaktır.

KAYNAKÇA

- Arslantürk M, Hakaret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Artuk M. E./ Gökçen A/Yenidünya C, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 2011.
- Avcı M/Yerdelen E, “Karar İncelemesi - Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, XIX, (1), 163-190.
- Centel N/Zafer H/ Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Yayınevi, 2016.
- Erbaş R, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Erdoğan İ/Keskin D, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, 2019.
- Göktürk N, Fikri içtima (Suçların İçtimaı), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013.
- Hakeri H, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, 2003.
- Hakeri H, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2007.
- İçel K, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2008, 7(14), 35-49.
- Kayıhan Ş, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümleri, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Özbek V. Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.

- Özçalık Y, Türk Ceza Kanununda Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Özer, V. Ö/Doğan, K/Meraklı S vd, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özgenç İ, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, in: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2014, 2(1-2), 1-10.
- Özgenç İ, “İhmali Suç Teorisi”, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, XXV (4), 303-377.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Sözüer A, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Toroslu N/Toroslu H, Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, 2021.
- Turan E/Otacı C, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten Öldürme Suçları, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Yenerer Ç. Ö, “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m. 97)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, LXV (2), 49-76.
- Yılmaz S/Yıldırım A, Medeni Hukuk I (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yurtlu F, İhmali Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 8. Baskı, Beta Basım Yayın, 2021.

YARGI KARARLARI

AIHM, Timurtaş/Türkiye, B. No: 23531/94, 13.6.2000.

- AİHM Osmanoğlu/Türkiye, B. No: 48804/99, 24.01.2008.
- AİHM, Tanış ve diğerleri/Türkiye B. No: 65899/01, 02.08.2005.
- AİHM, Vagapova ve Zubirayev/Rusya, B. No: 201080/05, 14.09.2009.
- AİHM Meryem Çelik ve diğerleri/Türkiye, B. No. 3598/03, 16.04.2013.
- AİHM, Tahsin Acar/Türkiye, B. No: 26307/95, 08.04.2004.
- Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2016/1572 E., 2016/2536 K., 23.05.2016.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018/121 E., 2021/388 K., 14.9.2021.



KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852 Cilt/Volume: 3 Sayı/No: 1-2 HAZİRAN-ARALIK/June-December 2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

12-15 YAŞ ARALIĞINDAKİ ÇOCUKLAR ARASINDA GERÇEKLEŞEN CİNSEL İLİŞKİLERİN VE BUNLARIN KAYDA ALINMASININ CEZA HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ: YARGITAY CEZA GENEL KURULU’NUN 04.10.2022 TARİHLİ VE E. 2020/174, K. 2022/602 SAYILI KARARI

*An Evaluation of Sexual Intercourses Between Children That
Are Between the Ages of 12 and 15 and of the Recording of
Such Intercourses In Terms of Criminal Law: The Decision
of the General Assembly of Criminal Chambers of the Court
of Cassation, Dated 04.10.2022, Numbered E. 2020/174, K.
2022/602*

Yusuf ÖZEL*

Özet

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 04.10.2022 tarihli ve E. 2020/174, K. 2022/602 sayılı kararında 12-15 yaş grubu içerisindeki çocuklar arasında gerçekleşen cinsel

* Araştırma Görevlisi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Çankırı, Türkiye, E-Posta: yusufozel@karatekin.edu.tr. ORCID: 0000-0003-2024-7951.

• Atıf Şekli / Cite As: Özel Yusuf, “12-15 Yaş Aralığındaki Çocuklar Arasında Gerçekleşen Cinsel İlişkilerin ve Bunların Kayda Alınmasının Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 04.10.2022 Tarihli Ve E. 2020/174, K. 2022/602 Sayılı Kararı”, KİD, 3(1-2), 2024, s.61-90.

• İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

ilişkilere ilişkin önüne gelen somut olayda dava zamanışımının dolmuş olması gerekçesiyle, bu tür fiillerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda karar vermemiştir. 14 yaşındaki iki çocuğun rızaen cinsel ilişkiye girdikleri bu olayda, 14 yaşındaki başka bir çocuğun cinsel ilişkinin görüntülerini kaydettiği ve bu görüntüleri cinsel ilişkiye giren kız çocuğunu bilahare kendisiyle de cinsel ilişkiye girmesi için kullandığı iddia edilmektedir. Bu çalışmada somut olaya ilişkin çeşitli ihtimaller çerçevesinde çocukların cinsel istismarı, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, şantaj, tehdit ve müstehcenlik suçlarının gerçekleşmiş olup olmayacağı ve gerçekleşen suçlar arasında ortaya çıkabilecek içtima ilişkilerinin ne şekilde çözümleneceği ele alınacaktır.

Anahtar Kavramlar: *Çocuklar arasında cinsel ilişki, cinsel istismar, özel hayatın gizliliğini ihlal, şantaj, müstehcenlik.*

Abstract

In its decision dated 04.10.2022 and numbered E. 2020/174, K. 2022/602, the General Assembly of Criminal Chambers of the Court of Cassation did not give a decision on whether sexual intercourses between children aged 12-15 can be punished or not, on the grounds that the statute of limitations has expired. The incident before the court is primarily related to two 14-year-old children consensually having sexual intercourse. However, it is alleged that another 14-year-old child had recorded the images of the sexual intercourse and used these images to force the girl to have sexual intercourse with him as well. In this study, by considering various possibilities regarding the concrete case, it will be examined whether the crimes of sexual abuse of children, violation of privacy, recording of personal data, blackmail, threat and obscenity will have occurred or not.

Keywords: *Sexual intercourse between children, sexual abuse, violation of privacy, blackmail, obscenity.*

I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04.10.2022 tarihli ve E. 2020/174 ve K. 2022/602 sayılı kararına konu olan olayda; 14 yaşındaki A, kız arkadaşı olan 14 yaşındaki C ile vücuduna organ sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girer. Daha sonra 14 yaşındaki B, C ile vücuduna organ sokmak suretiyle üç gün arayla iki kez cinsel ilişkiye girer.

II. BİLGİ

C, A ile zora dayalı olmaksızın cinsel ilişkiye girdiğini beyan etmiştir. C, B'nin kendisini telefonla arayarak elinde kendisinin A ile girdiği cinsel ilişkiye dair görüntü kayıtlarının bulunduğunu söyleyerek onunla da cinsel ilişkiye girmesini söylediğini ve bu nedenle 15 gün sonra yine B'nin kendisini telefonla arayıp cinsel ilişkiye girmek için belli bir yere gelmesini söylemesi üzerine B ile cinsel ilişkiye girdiğini iddia etmiştir.

B ile C'nin bir sosyal medya sitesi aracılığıyla gerçekleştirdikleri konuşmalar incelendiğinde, aralarında duygusal bir yakınlığın bulunduğu tespit edilmiştir. B'nin el konulan bilgisayarında ve cep telefonunda C'nin iddia ettiği türden bir kayıt bulunamamıştır. B ile C'nin ikinci kez cinsel ilişkiye girdikleri tarihten 25 gün sonra hastanede C hakkında düzenlenen raporda darp ve cebir izine rastlanılmadığı belirtilmiştir¹.

III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUNLAR

Somut olayla ilgili olarak çözümlenmesi gereken hukuki sorunlar şunlardır:

1) A ile C'nin cinsel ilişkiye girmiş olmaları, onların ceza hukuku sorumluluklarını gerektirir mi? Ceza hukuku sorumluluklarını gerektirmediği kabul edildiği takdirde bunun maddi ceza hukuku bakımından gerekçesi nedir ve bu durumda kişiler hakkında yürütülen ceza muhakemesinde hangi hükmün tesis edilmesi gerekir?

2) B'nin, A ile C'nin rızası dahilinde, onların girmiş oldukları cinsel

¹ Esasında somut olayda C'nin, B'nin kendisine karşı cebir uyguladığı yönünde bir iddiası da bulunmamaktadır. C yalnızca B'nin kendisini tehdit etmiş olması sebebiyle onunla cinsel ilişkiye girdiğini iddia etmiştir. Bununla birlikte, Yargıtay Ceza Genel Kurulu TCK'nın m. 103 (f. 4) hükmünde cinsel istismarın cebir veya tehditle işlenmesine ilişkin öngörölmüş olan nitelikli halin uygulanmaması gerektiğine dair kararını açıklarken hastanenin düzenlemiş olduğu bu rapora da değinmiştir.

ilişkiye dair görüntüler kaydetmesi suç teşkil eder mi?

3) B'nin, C'nin bilgisi ve rızası dışında, A ile C arasındaki cinsel ilişkiyi izleyip, cinsel ilişkinin görüntülerini kaydetmesi hangi suçu oluşturur? A ile B'nin bu suç bakımından müşterek fail olarak kabul edilmeleri mümkün müdür?

4) B'nin, A ile C arasındaki cinsel ilişkiye dair kaydettiği görüntüleri ifşa edeceğinden bahisle C'yi kendisiyle cinsel ilişkiye girmeye zorlaması hangi suç veya suçları oluşturur?

5) C, A ile girmiş oldukları cinsel ilişkinin görüntülerini kaydetmiş olsaydı ve bunları ifşa edeceğinden bahisle A'yı kendisiyle tekrar cinsel ilişkiye girmeye zorlamış olsaydı, hangi suçlar gerçekleşmiş olurdu?

IV. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

İlk derece mahkemesi, A'nın çocukların cinsel istismarı suçunu işlediğini ve bu suçun sonucunda C'nin ruh sağlığının bozulduğunu kabul ederek, hakkında sırasıyla TCK, m. 103 (f. 2), m. 103 (f. 6)², m. 31 (f. 2, son cümle) ve m. 62 hükümlerine istinaden, sonuç ceza olarak, 5 yıl 10 ay hapis cezasına hükmetmiştir. Ayrıca, B'nin de çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halini işlediğini ve bu suçun sonucunda C'nin ruh sağlığının bozulduğunu kabul ederek, hakkında sırasıyla TCK, m. 103 (f. 2), m. 103 (f. 4), m. 103 (f. 6), m. 43, m. 31 (f. 2, son cümle) ve m. 62 hükümlerine istinaden, sonuç ceza olarak, 5 yıl 10 ay hapis cezasına hükmetmiştir.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi, oy çokluğu ile B'nin C'yi tehdit ettiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden TCK, m. 103 (f. 4) hükmünün uygulanmış olması, A ile B'nin mağdurun ruh sağlığının bozulabileceğini öngöremeyecek durumda olmalarına rağmen TCK, m. 103 (f. 6) hükmünün uygulanmış olması ve dolayısıyla A ile B hakkında fazla ceza tayin edilmiş olması nedenleriyle ilk derece mahkemesinin verdiği

² Suçun işlendiği ve yargılamanın yapıldığı tarihlerde TCK'nın m. 103 (f. 6) hükmünde çocukların cinsel istismarı suçunun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak kabul edilmekteydi. 28.06.2014 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle TCK m. 103'te değişiklik yapılarak söz konusu hüküm kaldırılmıştır. Bununla birlikte, yapılan değişiklik sanıklar lehine bir sonuç doğurmadığından kanun yolu incelemesinde ayrıca göz önünde bulundurulmamıştır. Söz konusu hükmün kaldırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Handan Yokuş Sevik, "6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", CKHD, 2015, 3 (2), s. 134-136.

hükümlerin bozulmasına karar vermiştir³.

Daire üyelerinden bir tanesi, 14 yaşındaki çocukların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir neden olmaksızın, rıza ile cinsel ilişkiye girmelerinin cinsel istismar olarak değerlendirilmesinin, bir suçun faili ve mağdurunun aynı kişi olamayacağına ilişkin ceza hukuku ilkesine aykırı olacağını ve erkek çocuğu bakımından m. 103 (f. 2) hükmünün, kız çocuğu bakımından ise m. 103 (f. 1) hükmünün uygulanması gibi eşitliğe, adalete ve hakkaniyete aykırı uygulamalara neden olacağını, ayrıca kız çocuğunun erkek çocuğundan büyük olduğu hallerde istismarın tanımıyla uyuşmayacak durumların ortaya çıkacağını belirterek karşı oy kullanmıştır. Daire üyesi, A ile B'nin eylemlerinin cinsel istismar niteliğinde olmadığını belirterek haklarında beraat kararı verilmesi gerektiği görüşünde olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, mağdur ile aynı yaşta olup aynı zamanda eylemin mağduru durumunda bulunan A ile B hakkında mağdur ve fail sıfatlarının birleşmesi nedeniyle, çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılmalarının hakkaniyete ve eşitlik ilkesine aykırı olacağını, fail ile mağdur sıfatlarının birleşmesinin ceza hukuku prensiplerine aykırı olacağını, uygulamada cinsel ilişkinin aktif tarafının fail, pasif tarafının mağdur kabul edilerek sorunun çözümüne gidilmeye çalışılsa da, bu durumun yasal bir dayanağının bulunmadığını ve bu şekildeki bir ayrımın eşitlik ilkesinin ihlaline yol açacağını belirtmiş ve A ile B hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur⁴.

³ Dikkat edilmelidir ki, Yargıtay 14. Ceza Dairesi A ile B'nin çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı cezalandırılmalarında bir isabetsizlik görmemiş, yalnızca suçun yukarıda bahsedilen nitelikli hali ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin uygulanmasında isabetsizlik bulunduğuna karar vermiştir.

⁴ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin bozma kararı üzerine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 308. maddesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına verilmiş olan itiraz yetkisini kullanmıştır. Söz konusu madde CMK'nın "Kanun Yolları" başlıklı Altıncı Kitabının "Olağanüstü Kanun Yolları" başlıklı Üçüncü Kısımında düzenlenmiştir. Dolayısıyla, kanun koyucu Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazının bir olağanüstü kanun yolu olduğunu kabul etmiştir. Olağan ve olağanüstü kanun yolları arasındaki ayrım ise hakkında kanun yoluna başvurulmuş hükmün kesinleşmiş veya kesinleşmemiş olmasına göre yapılmaktadır. Bu nedenle de ceza dairesinin bozma kararı verdiği hallerde henüz ortada kesinleşmiş bir hükmün varlığından bahsedilemeyeceğinden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisini kullanamaması gerekir. Söz konusu yetki yalnızca ceza dairesinin hükmün kesinleşmesini sağlayan onama kararıyla sınırlı olarak kullanılabilir. Ancak somut olayda da görüldüğü üzere, Yargıtay CMK, m. 308 (f. 1)'de yer alan "Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün (02.03.2024 tarih ve 7499 sayılı Kanun ile hükümde yapılan değişiklik uyarınca; 01.06.2024 tarihinden

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, dava zamanaşımının dolmuş olması nedeniyle itirazın değişik gerekçeyle kabulüne, Daire'nin bozma kararının kaldırılmasına, ilk derece mahkemesinin verdiği mahkûmiyet hükümlerinin bozulmasına, suça sürüklenen çocuklar hakkında açılan kamu davalarının düşmesine karar vermiş ve bu nedenle 15 yaşından küçük çocukların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın cinsel ilişkiye girmelerinin çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.

V. HUKUKİ DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A) Aile C'nin Cinsel İlişkiye Girmiş Olmaları, Onların Ceza Hukuku Sorumluluklarını Gerekli mi? Ceza Hukuku Sorumluluklarını Gerektirmede Kabul Edildiği Takdirde Bunun Maddi Ceza Hukuku Bakımından Gerekçesi Nedir ve Bu Durumda Kişiler Hakkında Yürütülen Ceza Muhakemesinde Hangi Hükümün Tesis Edilmesi Gerekir?

Somut olayda hem A hem de C 14 yaşındadırlar. Bu nedenle, burada değerlendirilmesi gereken suç tipi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçudur. Söz konusu maddede, 15 yaşından küçük olan veya 15 yaşından büyük olmakla birlikte cinsel istismara ilişkin fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışlar, çocuğun "rızasıyla" gerçekleştirilmiş olsa bile suç olarak kabul edilmiştir⁵. Zira maddede belirtilen kategorinin kapsamına giren bir çocuğun cinsel istismar teşkil eden fiile yönelik geçerli bir rızasından söz edilememektedir⁶. Dolayısıyla, 15 yaşından küçük çocuklara karşı cinsel davranışlar gerçekleştirilmesi, çocuğun rızası bulunsu dahi, kural olarak suç teşkil etmektedir.

itibaren verilecek hükümler bakımından bir ay) içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. *Sanığın lehine itirazda süre aranmaz*" şeklindeki düzenlemede kararın onama veya bozma kararı olması bakımından bir sınırlandırmaya gidilmeksizin yalnızca "karar"dan söz edilmiş olması dolayısıyla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının ceza dairelerinin bozma kararlarına karşı da itiraz kanun yoluna gidebileceğini kabul etmektedir. Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 664 vd.

⁵ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 394; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 400; Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 385.

⁶ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 380; Koca/Üzülmüş, Özel, s. 400-401; Taner, s. 385.

Ancak aynı yaş grubunda bulunan, başka bir deyişle her ikisi de 12-15 yaş grubu içerisinde yer alan çocukların birbirlerine yönelik karşılıklı istek içerisinde gerçekleştirdikleri cinsel davranışlar bakımından da aynı değerlendirmenin yapıp yapılamayacağı konusunda tereddüt bulunmaktadır. Zira bu tür durumlarda aslında her iki çocuk bakımından da kanuni tanıma uygun davranışların gerçekleşmiş olduğu ileri sürülebilmektedir. Ayrıca kanuni tanımda faile ilişkin herhangi bir sınırlandırmada bulunulmamış olması karşısında, öğretide çocukların da bu suçun faili olabilecekleri haklı olarak dile getirilmektedir⁷. Dolayısıyla, bu tür durumlarda nasıl bir yol izleneceği çözümlenmesi gereken bir hukuki sorun teşkil etmektedir.

İlk görüşe göre, bu tür durumlarda her iki çocuğun da çocukların cinsel istismarı suçunu işlediklerini kabul etmek ve çocukların her ikisini de cezalandırmak gerekecektir⁸. Esasında bu görüşte olan yazarlar, sorunun bu şekilde çözümlenmesinin ideal bir çözüm olduğunu düşünmelerinden ziyade, maddenin düzenleniş biçimi karşısında başka türlü hareket edilmesinin mümkün olmadığını düşünmeleri nedeniyle bu kanaattedirler⁹. Nitekim, bu görüşteki yazarların bir kısmı çocuklar arasındaki yaş farkının dikkate alınarak kanuni tanımda değişiklik yapılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir¹⁰.

Diğer bir görüşe göre, çocuklardan yalnızca birinin suçu işlediğini kabul etmek ve yalnızca bu çocuğu cezalandırmak gerekecektir. Hangi çocuğun fail olarak kabul edileceği hususunda da iki tane ölçütün geliştirildiği söylenebilir. Bu ölçütlerden ilki erkeğin yahut duhul şeklindeki davranışı gerçekleştiren kişinin fail olarak kabul edilmesi yönündedir. Yargıtay'ın benimsediği uygulama da bu yöndedir¹¹. Öğreti tarafından geliştirilmiş olan ikinci ölçüte

⁷ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 360; Tezcan/Erdem/Önok, s. 379; Taner, s. 373; Mahmut Koca/Özge Bozkurt/İbrahim Akar, “Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu” in Mahmut Koca (ed.), Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 648.

⁸ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 249; Elif Ergüne, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, MÜHF-HAD, 2023, 29 (1), s. 64.

⁹ Soyaslan, s. 249-250.

¹⁰ Soyaslan, s. 250.

¹¹ Yargıtay'ın 12-15 yaş grubundaki çocuklar arasındaki cinsel ilişkilerde erkek çocuğunun cinsel istismar suçundan cezalandırılmasını doğrudan veya dolaylı olarak uygun bulduğu kararlar için bkz. Yarg. 14. CD., 2016/10559 E., 2021/4080 K., 07.06.2021; Yarg. 14. CD., 2017/4917 E., 2021/4381 K., 21.06.2021; Yarg. 9. CD., 2021/21754 E., 2021/8114 K.,

göre ise, cinsel davranışların veya cinsel ilişkinin gerçekleşmesi bakımından ısrarcı ve ikna etmeye yönelik çabalarda bulunan tarafın fail olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹².

Üçüncü ve son görüşe göre ise bu tür durumlarda çocukların ikisinin de cezalandırılmaması gerekir¹³. Türk ceza hukuku doktrininde hâkim konumunda olan görüşün de bu son görüş olduğu belirtilmelidir. Bu görüşteki yazarların birçok dayanak noktası bulunmaktadır. Öncelikle bu suçun ihdas edilme sebebinin, küçükleri zihinsel ve fiziksel yönden kendilerinden daha gelişmiş olan yetişkinlere karşı korumak olduğu ileri sürülmektedir¹⁴. Buna göre, çocukların cinsel istismarı suçu aslında çocukların istenmeyen erken cinsellik tecrübelerinden korunmaları ve bu suretle cinsel özgürlüklerinin güvence altına alınması amacıyla düzenlenmiş bir suçtur¹⁵. Maddenin düzenlenmesi sırasında, akranlar arasındaki cinsel davranışların da bu suç tipi kapsamında değerlendirilebileceği düşünülmemiş ve yalnızca çocukların yetişkinler tarafından istismar edilmesini önlemek amaçlanmıştır¹⁶. Ne var ki, yukarıda da belirttiğimiz üzere, uygulama tam tersi yönde gelişmiştir.

Aynı yaş grubunda yer alan çocukların karşılıklı istek içerisinde birbirlerine yönelik gerçekleştirdikleri cinsel davranışlarda, çocukların cinsel istismarı suçunun koruduğu hukuki değerin ihlal edilmiş olmayacağı da benzer şekilde savunulmaktadır¹⁷. Yazarlara göre, söz konusu suç tipi çocukların cinsel yönden sömürülmelerini önlemek amacıyla ihdas edildiğinden,

30.09.2021; Yarg. 14. CD., 2016/2414 E., 2020/785 K., 04.02.2020 (İzzet Özgenç, “Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, XXIV (4), s. 269). Aynı yönde tespit için bkz. Özgenç, Akran Çocuklar, s. 266. 15 yaşından küçük çocukların cinsel istismar suçunun faili olabileceklerine ilişkin bir diğer karar için bkz. Yarg. 14. CD., 2013/3949 E., 2014/14374 K., 16.12.2014.

¹² Özlem Yenerer Çakmut, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, MÜHF-HAD, 2016, 22 (1), s. 46.

¹³ İzzet Özgenç, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, XXIV (1), s. 263; Özgenç, Akran Çocuklar, s. 266; Tezcan/Erdem/Önok, s. 380; Koca/Üzülmüş, Özel, s. 395.

¹⁴ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 660; Taner, s. 386.

¹⁵ Taner, s. 386; Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 662.

¹⁶ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 662.

¹⁷ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 661.

akranların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışlarda suçun koruduğu hukuki değer ihlal edilmemiş olacaktır¹⁸.

Aynı yönde, akranlar arasındaki cinsel davranışlarda hem maddenin başlığında hem de madde metninde yer verilen “istismar” olgusunun da gerçekleşmiş olmayacağı ifade edilmektedir¹⁹. Bir cinsel istismar olgusu bulunmadığı takdirde, ceza hukukunun akranlar arasındaki cinsel davranışlara müdahale etmesi uygun olmayacaktır²⁰.

Bir diğer görüşe göre ise, bu suç tipinin faili yalnızca 15 yaşını doldurmuş çocuklar olabilir²¹. Bu nedenle, 15 yaşından küçük çocukların iradeyi etkileyen herhangi bir neden bulunmaksızın, isteyerek karşılıklı cinsel davranışlarda bulunmaları durumunda fail olarak kabul edilmeleri mümkün olmayacaktır.

Benzer şekilde, bu tür durumlarda çocukların fail olarak kabul edilemeyeceği, zira aksi yönde bir kabulün bir kişinin aynı suç bakımından hem fail hem de mağdur olamayacağı yönündeki ceza hukukunun temel ilkelerinden birine²² aykırılık teşkil edeceği savunulmaktadır²³. Bununla bağlantılı olarak da her iki çocuğun da hem fail hem de mağdur sıfatını taşıdığı takdirde, esasında suçun faili ile mağdurunun belirlenemediği bir durumun söz konusu olacağı ileri sürülmektedir²⁴. Suçun faili ile mağduru belirlenemediğinden, suçun tipiklik unsuru da gerçekleşmemiş olacağından, çocuklardan herhangi birinin cezalandırılması mümkün olmayacaktır²⁵. Öğretide bu görüşü eleştiren bazı yazarlar, çocukların karşılıklı cinsel

¹⁸ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 661. Akranlar arasındaki cinsel davranışların cezalandırılmasının normun ihdas edilme amacıyla örtüşmeyeceği doğru olmakla birlikte, söz konusu suç tipiyle korunan hukuki değerın esasında kanuni tanımında sayılan yaş gruplarındaki çocukların cinsel özgürlüğünün korunması olduğunu unutmamak gerekir. Tezcan/Erdem/Önök, s. 379; Handan Yokuş Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 415.

¹⁹ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 660-661.

²⁰ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 661.

²¹ Özgenç, Felsefi Temel, s. 263.

²² Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 118; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 374; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 433.

²³ Koca/Üzülmöz, Özel, s. 395.

²⁴ Koca/Üzülmöz, Özel, s. 395; Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 661.

²⁵ Koca/Üzülmöz, Özel, s. 395; Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 661.

davranışlar gerçekleştirdiklerinden bahisle, fail ile mağdur sıfatlarının aynı davranışta birleşmediğini ifade etmektedirler²⁶.

Son olarak, cinsel ilişkiye giren her iki çocuğun da cezalandırılması durumunda, erkek olan çocuğun, çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halinden (TCK, m. 103 (f. 2)) cezalandırılması, buna karşılık kız olan çocuğun çocukların cinsel istismarı suçunun temel halinden (TCK, m. 103 (f. 1)) cezalandırılması şeklinde adaletsiz bir sonucun da ortaya çıkacağı ifade edilmektedir²⁷.

Bu konudaki görüşlerin değerlendirilmesine geçecek olursak, öncelikle kanuni tanımda faile yönelik bir sınırlandırmanın bulunmadığını ifade etmemiz gerekir. Bu nedenle, kadın, erkek, yetişkin veya çocuk herkes bu suçun faili olabilir²⁸. Esasında, TCK, m. 103 (f. 1, dördüncü cümle) hükmü de *“sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır”* ifadesi ile bunu teyit etmektedir. Ancak bu hükmü, karşılıklı isteğe bağlı olarak, 12-15 yaş grubu içerisindeki çocuklar tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışların cezalandırılacağı şeklinde yorumlamamak gerekir²⁹. Söz konusu hüküm, çocuğun “rızası” bulunmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışlara yönelik olarak getirilmiş bir düzenlemedir³⁰. Dolayısıyla, çocukların cinsel istismarı suçunda 12-15 yaş grubu içerisindeki çocukların cebir, tehdit veya hile gibi karşındakinin iradesini etkileyen bir halin bulunduğu durumlarla sınırlı olarak fail sıfatını taşıyabilecekleri belirtilmelidir. Esasında öğretide bu tür durumlarda çocukların cinsel istismarı suçunun gerçekleşmiş olacağı hususunda bir ihtilaf bulunmamaktadır³¹.

12-15 yaş grubu içerisindeki çocuklar arasında karşılıklı isteğe bağlı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlarda her iki çocuğun da cezalandırılacağı yönündeki görüşlere iştirak etmemekteyiz. Öncelikle, bu tür bir çözümün benimsenmesinin, cinsel davranışların mahiyetini anlayabilecek olgunluğa erişmemiş çocukların korunması için getirilmiş bir hükmün, bu tür davranışları

²⁶ Taner, s. 385; Pınar Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 157.

²⁷ Koca/Üzülmüş, Özel, s. 395.

²⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 394; Koca/Üzülmüş, Özel, s. 393.

²⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 380.

³⁰ Benzer yönde bkz. Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 648.

³¹ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 648.

mahiyetini tam olarak anlayamadan gerçekleştiren çocukların aleyhine bir sonuç doğuracağını göz önünde bulundurmak gerekir. Bu tür bir uygulama kanun hükmünün amacından açık bir sapma teşkil edecektir.

Ayrıca, kanun hükmünün bu konuda farklı bir uygulamaya imkân vermediği yönündeki görüşü³² de isabetli bulmamaktayız. Zira TCK m. 103'te açıkça “cinsel istismar”dan söz edilmektedir. Bu ifade her ne kadar birinci fıkranın son cümlesinde “*on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış*” ve “*diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar*” şeklinde tanımlanmış olsa da, istismar kavramının başlı başına bir anlam taşıdığını da gözden kaçırmamak gerekir. Karşılıklı isteğe bağlı olarak cinsel ilişkiye giren veya cinsel davranışlarda bulunan çocuklar arasında “istismar” olgusunun ne şekilde vücut bulmuş olacağını izah etmek kanaatimizce mümkün değildir. Dolayısıyla, söz konusu hükmün lafzı bu tür durumlarda çocukların cezalandırılmasını zorunlu kılmamaktadır.

Bu tür durumlarda çocuklardan yalnızca birinin cezalandırılması yönündeki görüşlerin de isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Öncelikle, bu yönde bir argümanın herhangi bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Erkek çocuğunun veya duhul şeklindeki davranışı gerçekleştiren kişinin fail olarak kabul edilmesinin hiçbir pozitif dayanağı yoktur³³. TCK'da cinsel suçlarda cinsiyet bakımından bu konuda bir ayırmda bulunulmamıştır³⁴. Erkek çocuğunun doğrudan fail olarak kabul edilmesi, bu anlamda, Türk ceza hukukunun cinsel suçlara ilişkin düşünsel yapısı ile de çelişen bir anlayışı ortaya koymaktadır. Ayrıca, cinsel birleşmeye varmayan cinsel davranışlarda erkek ile kız çocuğunun gerçekleştirdiği davranışlar arasında ne gibi bir farklılığın bulunduğu da izaha muhtaçtır. Öte yandan, böyle bir kabul, vücuda organ sokma şeklindeki davranışların iki erkek çocuğu arasında gerçekleştirilmesi veya vücuda organ veya sair cisim sokma şeklindeki davranışların iki kız çocuğu arasında gerçekleştirilmesi hallerinde de çözümü belli olmayan hukuki sorunların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

12-15 yaş grubu içerisindeki çocukların birbirleriyle isteyerek girdikleri

³² Ergüne, s. 64.

³³ Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 661. Benzer yönde bkz. Kartal, s. 156.

³⁴ Özgenç, Felsefi Temel, s. 260; Koca/Üzülmez, Özel, s. 393.

cinsel ilişkilerde erkek olan çocuğun fail olarak kabul edilmesinin bir diğer sakıncası ise daha büyük yaştaki kız çocuğunun mağdur, daha küçük yaştaki erkek çocuğunun ise fail konumuna gelme ihtimalinin bulunmasıdır. Gerçekten de 12 yaşını yeni bitirmiş bir erkek çocuğu ile 15 yaşına girmek üzere olan bir kız çocuğu cinsel ilişkiye girdikleri takdirde, kız çocuğu erkek çocuğundan neredeyse üç yaş büyük olduğu halde, erkek çocuğu fail olarak kabul edilecektir. Böyle bir durumda yaşça küçük olan çocuğun kendisinden daha büyük birisini istismar etmiş olması şeklinde çelişkili bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Taraflardan birinin ısrarcı davranmış olmasının ise iradeyi etkileyecek bir boyuta varmadığı sürece failin tayininde belirleyici bir kıtas olamayacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar taraflardan biri bu durumda ikna eden konumunda olaksa da en nihayetinde cinsel davranışların karşılıklı isteğe bağlı olarak gerçekleştirilmiş olacağını gözden kaçırmamak gerekir. Buradaki ikna etmeye yönelik çabalar cebir, tehdit veya hile boyutuna eriştiği takdirde, elbette bu yönde çabalarda bulunan kişi suçun faili olarak kabul edilebilecektir. Kanaatimizce burada nispeten makul olan kıtas yaşı büyük olan çocuğun fail olarak kabul edilmesidir fakat bunun da doğru bir çözüm olmadığını belirtmek gerekir³⁵. Zira çocukların yaşları arasında birkaç günlük farkın bulunduğu ihtimallerde, bu çocuklardan birinin diğerini istismar ettiğini ileri sürmek pek de gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Bu durumda da iki çocuğun yaşları arasında ne kadar bir farkın bulunmasının gerekeceği şeklinde objektif kıstaslarla çözümlenmesi pek de mümkün olmayan sorunlar ortaya çıkacaktır. Ayrıca, yaşı büyük olan çocuğun daima diğerinden daha olgun olacağını kabul etmek de hatalı bir yaklaşım olacaktır.

Bu nedenlerle, 12-15 yaş grubu içerisindeki çocukların karşılıklı isteğe bağlı olarak gerçekleştirdikleri cinsel davranışların cezalandırılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bunun temel sebebi ise, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TCK m. 103'te açıkça "istismar" olgusundan söz edilmiş olmasıdır. Aynı yaş grubu içerisinde yer alan çocukların rızaya dayalı olarak cinsel ilişkiye girdikleri veya birbirlerine karşı cinsel davranışlar gerçekleştirdikleri durumlarda bir istismar olgusunun varlığından bahsedilemeyeceğini düşünmekteyiz.

Son olarak, bu tür durumlarda kişiler hakkında yürütülmekte olan ceza muhakemesinde hangi hüküm türünün tesis edilmesi gerekeceğine de

³⁵ Bu konuda eleştiri için bkz. Koca/Bozkurt/Akar, Cinsel İlişki, s. 662.

açıklık getirmek gerekmektedir. Somut olayda, Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nde karşı oy kullanan Daire üyesi beraat hükmü verilmesi gerektiğini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu tür durumlarda kanuni tanımda yer verilmiş olan istismar olgusu ve dolayısıyla suçun tipiklik unsuru gerçekleşmemiş olacağından, CMK’nın m. 223 (f. 2) hükmü uyarınca beraat kararı verilmesi gerekecektir.

B) B’nin, A ile C’nin Rızası Dahilinde, Onların Girmiş Oldukları Cinsel İlişkiye Dair Görüntüler Kaydetmesi Suç Teşkil Eder Mi?

Bu ihtimalde temel olarak üç tane suç tipinin değerlendirilmesi gerekir: özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK, m. 134 (f. 1)), kişisel verilerin kaydedilmesi suçu (TCK, m. 135 (f. 1-2)) ve müstehcenlik suçu (TCK, m. 226 (f. 3, birinci cümle)). Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından madde metninde yalnızca “*kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlal*” edilmesinden söz edilmiştir. Kişilerin cinsel veya çıplak görüntülerinin izlenmesinin bu kapsama girdiğinde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır³⁶. Ayrıca, aynı fıkranın ikinci cümlesinde suçun “*gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi*” şeklinde tanımlanan nitelikli hali de gerçekleşmiştir.

Somut olayda aslında özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilebilecek görüntülerin kayda alınması söz konusudur fakat kişiler bu görüntülerin izlenmesine ve kaydedilmesine rıza göstermektedirler³⁷. Böyle bir durumda artık özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Her ne kadar A ile C, 14 yaşında olsalar da özel hayatlarını paylaşma yönündeki iradelerine en azından kendi akranlarıyla paylaşmaları bakımından değer atfedilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde, bu yaş grubundaki kişilerin iradelerine birbirleriyle cinsel ilişkiye girme bakımından önem atfedilmesi fakat bundan daha az öneme sahip olan özel hayatlarını başkalarına açmaları bakımından iradelerine önem atfedilmemesi şeklinde çelişkili bir sonuç da ortaya çıkacaktır.

³⁶ Koca/Üzülmez, Özel, s. 603-604; Behiye Eker Kazancı, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 9 (1), s. 145.

³⁷ Güçlü Akyürek, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m.134), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 311-312. krş. İzzet Özgenç, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, XXIV (2), s. 263. Özel hayatın gizliliği hakkında insan haysiyetinin ve kişiliğinin ihlal edilmemesi kaydıyla vazgeçilebileceği yönünde görüş için bkz. Koca/Üzülmez, Özel, s. 606. Bu konuda ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 625.

Ayrıca burada çocukların söz konusu görüntülerin kaydedilmesine rıza göstermelerinin suçun hukuka aykırılık unsurunun değil tipiklik unsurunun oluşmasına engel olduğu kanaatinde olduğumuzu da belirtmemiz gerekir³⁸. Zira rızaya dayalı olarak bir kişinin özel hayatının izlenmesi veya kaydedilmesi durumunda, madde metninde yer verilmiş olan ve “*bozma, zarar verme, yasa ve düzene uymama*” anlamlarına gelen “*ihlal*” olgusunun gerçekleşmiş olmayacağı kanaatindeyiz³⁹.

Somut olayda kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun oluşup oluşmadığı sorusunun yanıtlandırılabilmesi için öncelikle “kişisel veri” kavramının üzerinde durmak gerekmektedir. 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun m. 3 (f. 1, d bendi) hükmü uyarınca kişisel veri; “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi*” ifade etmektedir. TCK’nın 135. maddesinin gerekçesinde de “*gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi*”nin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁰. Bu tanımlardan yola çıkarak bazı yazarlar bir verinin kişisel veri olarak kabul edilebilmesi için bunun bir gerçek kişiye ait olması ve kişiyi belirli ya da belirlenebilir kılması şeklinde iki kıstasın varlığını aramaktadırlar⁴¹. Bu tanımların uluslararası belgelerdeki tanımların neredeyse tamamıyla örtüştüğü ve uluslararası belgelerde de kişisel verinin “*doğrudan ya da dolaylı olarak bir gerçek kişi ile ilgili olabilecek ve onu belirlenebilir kılacak her türlü bilgi*” şeklinde tanımlandığı belirtilmiştir⁴².

Son yıllarda öğretilde kişisel veriler üzerine yapılan çalışmalarda Avrupa Birliği’nin bağımsız danışma organlarından birisi olan Madde 29 Çalışma Grubu’nun⁴³ (*Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data*) yayımlamış olduğu 20 Haziran 2007

³⁸ Yetişkinler bakımından özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda rızanın mahiyeti için bkz. Özgenç, Rıza, s. 274-275.

³⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Güncel Türkçe Sözlük” (<https://sozluk.gov.tr>), Erişim Tarihi: 20.12.2023.

⁴⁰ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 544.

⁴¹ Koca/Üzülmüş, Özel, s. 614; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 540.

⁴² Bahri Öztürk/Elif Altınok Çalışkan/Serkan Seyhan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 15. Yazarlar uluslararası metinlere örnek olarak Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü’nün 1980 yılında yayımladığı ve 2013 yılında revize ettiği rehber ilkeler ile Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nü göstermektedirler.

⁴³ 25 Mayıs 2018 tarihinde yerini Avrupa Veri Koruma Kurulu (*European Data Protection Board*) almıştır.

tarihli “Kişisel Veri Kavramı Üzerine 4/2007 Sayılı Görüşü”ne özel bir önem atfedilmektedir⁴⁴. Dolayısıyla, kişisel veri kavramı açıklanırken söz konusu Görüş’te yer alan açıklamalara da değinmek gerekmektedir.

Madde 29 Çalışma Grubu (WP29) Avrupalı kanun koyucuların kişisel veri kavramını kasıtlı olarak oldukça geniş bir kapsama sahip olacak şekilde tanımladıklarını ifade ettikten sonra belli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin herhangi bir bilginin kişisel veri kapsamında olduğunu belirtmiştir⁴⁵. Öğretide, “herhangi bir bilgi” ifadesinin kullanılmış olmasının kişisel verinin kapsamına giren hususları oldukça genişlettiği ifade edilmektedir⁴⁶. Nitekim WP29 da bu ifadenin kişi hakkında açıklama getiren her türlü hususu kapsadığını belirtmektedir⁴⁷. Kişi hakkındaki bu bilgilerin objektif veya sübjektif mahiyette olması mümkündür. Buna göre, kişinin kanında yer alan maddelere ilişkin bir rapor da bankacılık sektöründe borcunu ödeme konusunda hakkında duyulan güvene ilişkin bir beyan da kişisel veri olarak kabul edilebilir⁴⁸. Kişinin özel veya aile hayatına ilişkin bilgiler ile ne tür faaliyetler gerçekleştirdiğine dair bilgilerin (iş ilişkileri veya ekonomik ya da sosyal davranışları) de bu kapsamda olduğu belirtilmektedir⁴⁹.

Öte yandan bilginin herhangi bir formatta bulunması da mümkündür. Kişisel verinin kelimeler, sayılar, görüntüler veya sesler ile ifade edilmesi mümkün olup, kâğıtta yazılı olarak, bilgisayar hafızasında kod olarak veya video teybinde görüntü olarak pek çok şekilde bulunması mümkündür. Kişi hakkında bilgi içermeleri kaydıyla ses veya görüntüler de kişisel veri olarak değerlendirilir⁵⁰. Öğretide bugün için teknolojinin gelişmişliği karşısında

⁴⁴ Nadezhda Purtova, “The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law”, Law, Innovation and Technology, 2018, 10 (1), s. 44 vd.; Nur Buğçe Bakırel, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki Sorumluluk Paylaşımı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 17 vd.; Irmak Erdoğan, Yapay Zekâ ve Profillemeye Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 64.

⁴⁵ Madde 29 Çalışma Grubu, “Kişisel Veri Kavramı Üzerine 4/2007 Sayılı Görüş” (https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf), 2007, Erişim Tarihi: 11.04.2024, s. 4-6.

⁴⁶ Purtova, s. 48.

⁴⁷ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 6.

⁴⁸ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 6.

⁴⁹ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 6.

⁵⁰ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 7.

kişilere ilişkin pek çok şeyin teknolojik imkanların kullanılması suretiyle birer bilgi haline getirilmesinin mümkün olduğu ve belirtilmektedir⁵¹.

WP29'un bir bilginin kişisel veri olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda özellikle somut olayın koşullarının göz önünde bulundurulması suretiyle karara varılması yönünde bir yaklaşımı öne çıkardığı belirtilmektedir⁵². Bu durumun özellikle verinin bir kişiye ilişkin olup olmadığına ve verinin kişinin belirlenebilir olmasını sağlayıp sağlamadığına karar verilmesi bakımından geçerli olduğu ve bu nedenle söz konusu hususlarda karar verilirken yorum veya değerlendirmeye ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir⁵³.

WP29, bir verinin bir kişiye ilişkin olduğunun kabulü için içerik, amaç veya sonuç unsurlarından birinin bulunması gerektiğini belirtmiştir⁵⁴. İçerik unsuru, somut olaya ilişkin bütün koşullar göz önünde bulundurulduğunda belli bir kişi hakkında bilgi verildiğinin söylenebildiği hallerde sağlanmış olacaktır (bir kişi hakkında hastanede yapılan testlerin sonuçları veya bir şirketin klasöründe belli bir müşterinin ismiyle yer alan bilgiler)⁵⁵. Amaç unsuru, somut olaydaki tüm koşullar göz önünde bulundurulduğunda verinin bir kişinin durumunu veya davranışlarını değerlendirmek veya etkilemek için kullanıldığı veya kullanılmasının muhtemel olduğu söylenebildiği takdirde sağlanmış olacaktır⁵⁶. Sonuç unsuru ise somut olayın tüm koşulları göz önünde bulundurulduğunda verinin kullanımının belli bir kişinin hak ve menfaatleri üzerinde etki doğurmasının muhtemel olduğu hallerde gerçekleşmiş olur. Buradaki olası neticenin kişi üzerinde büyük etki doğuracak mahiyette olmasına gerek bulunmamaktadır. Kişinin bu verinin işlenmesi nedeniyle başkalarından farklı bir muameleye tabi tutulma ihtimalinin bulunması yeterlidir⁵⁷.

WP29, bilginin kişinin belirlenmesini veya belirlenebilir olmasını sağlaması kriterini ise, söz konusu bilginin kişinin içinde bulunduğu

⁵¹ Purtova, s. 53.

⁵² Purtova, s. 44.

⁵³ Purtova, s. 44.

⁵⁴ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 10.

⁵⁵ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 10.

⁵⁶ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 10.

⁵⁷ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 11.

topluluktaki diğer kişilerden ayırt edilebilmesini sağlayacak mahiyette olması şeklinde açıklamaktadır⁵⁸. Buna göre, kişinin görünüşü hakkındaki belirtiler (boyu, saçının rengi gibi) ile adı veya mesleği gibi şahsi bilgileri de kişisel veri kapsamında değerlendirilebilecektir⁵⁹. Söz konusu bilginin tek başına kişinin belirlenmesini sağlaması gerekmez. Kişinin fiziki, psikolojik, mental, ekonomik, kültürel, sosyal kimliğine ilişkin bir veya birden çok unsurdan yararlanılması suretiyle doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilmesi mümkün olabiliyor ise bu yeterlidir⁶⁰.

Öğretide de WP29'un ortaya koymuş olduğu kıstaslarla uyumlu olacak şekilde kişisel verilere ilişkin tanımlar yapılmaktadır: *“Kişisel veri, bir gerçek kişinin kimliğinin açıkça belirlenmesine yarayan ya da kişinin kim olduğu eldeki bu bilgiyle açıkça belirlenemese de başka bilgilerle bir araya getirildiğinde, analiz edildiğinde veya eşleştirildiğinde kişiyi belirlenebilir kılmaya yarayan onunla ilgili her türlü bilgidir”*⁶¹.

Yukarıda yer vermiş olduğumuz bilgiler çerçevesinde kişisel verilerin oldukça geniş bir kapsama sahip olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, öğretide yakın gelecekte kişisel verilerin kapsamının sınırlandırılmasına ihtiyaç bulunmadığı da belirtilmektedir. Zira hem kişileri etkileyebilecek mahiyetteki verilerin bu şekilde bir hukuki korumayı gerektirdiği hem de kişisel verilerin teoride geniş bir kapsama sahip olmakla birlikte bunun uygulamada öyle olmadığı, kişisel verilerin korunmasına hala gereken önemin verilmediği ifade edilmektedir⁶².

Yukarıdaki açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, kişilerin çıplak görüntülerinin de kişisel veri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz⁶³. Zira bu durumda belirli bir gerçek kişiye ilişkin bir veri mevcuttur. Ancak bunun için söz konusu çıplak görüntülerin kime ait olduğunun belirlenebilir olması gerekmektedir. Şayet kişinin yüzünün hiçbir şekilde görünmediği ve kime ait olduğu belirlenemeyen bir görüntü

⁵⁸ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 12.

⁵⁹ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 12.

⁶⁰ Madde 29 Çalışma Grubu, s. 12.

⁶¹ Serdar Çelikel, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 52.

⁶² Purtova, s. 73.

⁶³ Benzer yönde bkz. Koca/Üzülmez, Özel, s. 627. Ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 549.

söz konusu ise bu durumda ortada bir kişisel verinin varlığını kabul etmek mümkün olmayacaktır.

Ancak TCK, m. 135 (f. 1)'de de açıkça belirtildiği üzere kişisel verilerin “*hukuka aykırı olarak*” kaydedilmesi gerekmektedir⁶⁴. Kişilerin bu görüntülerin kaydedilmesine rıza gösterdikleri bir durumda artık kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedildiğinden söz edilemeyeceğinden, suçun unsurları da gerçekleşmemiş olacaktır⁶⁵. Bu konuda davranışlarının mahiyetini idrak edebilen çocukların rızalarına yine geçerlilik tanınması gerektiği görüşündeyiz. Aksi takdirde, “kişisel veri” kavramının oldukça geniş bir kapsama sahip olduğu⁶⁶ da göz önünde bulundurulduğunda, ceza sorumluluğunun sınırları bu suç bakımından kabul edilemeyecek ölçüde genişletilmiş olacaktır.

Kaldı ki, kişisel verilerin kaydedilmesine ilişkin suç tipi genel norm niteliğinde bir düzenlemedir. Öğretideki ağırlıklı görüş, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun, kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna göre özel norm niteliğinde olduğu ve “*özel norm – genel norm ilişkisi*” nedeniyle özel hayatın gizliliği suçunun öncelikle uygulanacağı yönündedir⁶⁷. Başka bir deyişle, bu iki suç arasında görünüşte içtima ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, somut olayda kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna ilişkin normun uygulama alanı bulması her halükârda mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce olayda yalnızca müstehcenlik suçu gerçekleşmiştir. TCK, m. 226 (f. 3, birinci cümle) uyarınca: “**Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan** kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır”. Somut olayda müstehcen ürünlerin üretiminde A ile C'nin, yani iki çocuğun kullanılması söz konusudur. Ürün kelimesinin sözlük anlamı; “*doğadan elde edilen, üretilen yararlı şey; hasılat, mahsul*”dür⁶⁸. Dolayısıyla, müstehcenlik suçunun

⁶⁴ Bu konuda bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 553.

⁶⁵ Suç tipinde yer verilen “hukuka aykırı olarak” ifadesi hakkında ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 7 (1), s. 424-436.

⁶⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 549-550.

⁶⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 543; Koca/Üzülmmez, Özel, s. 628; Akyürek, s. 227-228. Aksi yönde görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel, s. 589.

⁶⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Güncel Türkçe Sözlük” (<https://sozluk.gov.tr>), Erişim Tarihi: 12.04.2024.

oluşumu bakımından müstehcen ürünlerin ticari veya ekonomik bir amaçla üretilmesinin gerekip gerekmediği sorusu akla gelebilir. Ancak, öğretide söz konusu suçun kanuni tanımında “ürün” kelimesine yer verilmiş olmasının sebebinin fiziksel nesne şeklinde veya elektronik ortamda oluşturulan ürünlerin tamamının suçun kapsamına alınmak istenmesi olduğu belirtilmektedir⁶⁹. Bu nedenle, her ne kadar müstehcen ürünlerin üretimiyle genellikle ekonomik bir çıkar elde ediliyor olsa da bunun suçun gerçekleşmesi bakımından gerekli bir unsur olmadığı ifade edilmektedir⁷⁰.

Bu noktada müstehcenlik suçunun mağdurunun kim olduğunun açıklığa kavuşturulmasında da fayda bulunmaktadır. Öğretideki hâkim görüş bu suçun mağdurunun hem ürünün üretiminde kullanılan çocuk hem de suç tipinin TCK’nın özel hükümlerinin “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı Üçüncü Kısmı’nın “*Genel Ahlak Karşı Suçlar*” başlıklı Yedinci Bölümü’nde düzenlenmiş olması sebebiyle toplum olduğu yönündedir⁷¹. Buna karşılık, öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre bu tür durumlarda suçun mağduru yalnızca toplumdur⁷². TCK’da çocuğun cinsel dokunulmazlığının bireysel olarak korunmasına yönelik getirilmiş düzenlemeler esasında çocukların cinsel istismarı suçu (TCK, m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK, m. 104) ve cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesine ilişkin nitelikli halidir (TCK, m. 105 (f. 1))⁷³. Müstehcenlik suçuyla ise kamu ahlakı korunmakta ve suç tipinin ihlaliyle bütün toplum mağdur olmaktadır⁷⁴.

Nitekim çocuğun rızasının bulunup bulunmamasının suçun oluşumuna herhangi bir etkisinin bulunmadığı hem öğreti hem de uygulamada kabul edilmektedir⁷⁵. Müstehcenlik suçunda genel ahlak korunduğundan ve

⁶⁹ Özgenç, Rıza, s. 273-274.

⁷⁰ Özgenç, Rıza, s. 273. Ürünlerin üretiminde çocukların kullanılmasının yeterli olduğu, ürünlerin üretiliş şekli ve amaçları konusunda herhangi bir sınırlamanın söz konusu olmadığı yönünde görüş için bkz. Gökhan Taneri, “Müstehcenlik Suçu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 13 (1), s. 599.

⁷¹ Taneri, s. 590; Gülden Atilla Öztürk, Türk Ceza Kanunu’nda Müstehcenlik Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 185-186; Veli Özer Özbek, Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 124.

⁷² Neslihan Can, “Sosyal Medyada Paylaşılan Çocuklara Ait Görüntülerin Müstehcenlik Suçları (TCK m. 226/3 ve 226/6) Bağlamında Değerlendirilmesi”, MÜHF-HAD, 2023, 29 (1), s. 284.

⁷³ Can, s. 281-284.

⁷⁴ Can, s. 281-284.

⁷⁵ Özgenç, Rıza, s. 253; Özbek, Müstehcenlik, s. 126-127; YCGK 2014/603 E., 2015/66 K.,

suçun mağduru bir bütün olarak toplum olduğundan çocuğun suç tipinde yasaklanan fiillere rıza göstermesi suçunu oluşumunu etkilemeyecektir⁷⁶. Dolayısıyla, burada A ile C'nin rızalarının bulunması müstehcenlik suçunun oluşumu bakımından herhangi bir önem arz etmemektedir. Ayrıca, müstehcen ürünlerin üretimi bağlamında profesyonel bir üretim sürecinin bulunması gerekmemektedir. Kişilerin bireysel kullanım için bu tür ürünleri üretmesi de suçun oluşması açısından yeterlidir⁷⁷. Ürünün hiç kullanılmamış olması da suçun oluşumu bakımından herhangi bir önem taşımamaktadır⁷⁸.

Bu suçun mağdurunun müstehcen ürünün konusu olan çocuk değil, toplum olduğunu kabul etmemizin bir diğer sonucu ise müstehcen ürünün üretimine isteyerek katılan çocuğun da suçun faili olabileceğidir. Şayet suçun mağdurunun müstehcen ürünün konusu olan çocuk olduğu kabul edilmiş olsaydı, fail ile mağdur sıfatları aynı suçta birleşemeyeceğinden⁷⁹, çocuğun suçun faili olamayacağının kabul edilmesi gerekirdi⁸⁰.

Dolayısıyla, B'nin somut olayda müstehcenlik suçundan (TCK, m. 226 (f. 3)) cezalandırılması gerekir. Ancak, bu müstehcen ürünün üretiminin A, B ve C'nin bu konuda anlaşmasına dayalı olarak gerçekleştirildiği bir ihtimalde A ve C'nin de B'nin işlemiş olduğu müstehcenlik suçunun müsterek failleri olarak kabul edilmeleri gerekir.

C) B'nin, C'nin Bilgisi ve Rızası Dışında, A ile C Arasındaki Cinsel İlişkiyi İzleyip, Cinsel İlişkinin Görüntülerini Kaydetmesi Hangi Suçu Oluşturur? A ile B'nin Bu Suç Bakımından Müsterek Fail Olarak Kabul Edilmeleri Mümkün Müdür?

C'nin A ile girmiş olduğu cinsel ilişkinin, C'nin bilgisi ve rızası dışında, B tarafından kaydedilmesi durumunda yukarıda yaptığımız açıklamalar büyük ölçüde değişmektedir. Öncelikle burada C'nin çıplak, cinsel nitelikte görüntülerinin bilgisi ve rızası olmaksızın kaydedilmesi, artık özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşumuna sebebiyet verecektir. C'nin özel hayatının

24.03.2015.

⁷⁶ Can, 281.

⁷⁷ Özgenç, Rıza, s. 273-274; Özbek, Müstehcenlik, s. 128. YCGK 2014/603 E., 2015/66 K., 24.03.2015.

⁷⁸ YCGK 2014/603 E., 2015/66 K., 24.03.2015.

⁷⁹ Koca/Üzülmez, Genel, s. 118; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel, s. 374; Akbulut, s. 433.

⁸⁰ Bu konuda bkz. Can, s. 283.

gizliliği, görüntülerin kayda alınması suretiyle ihlal edildiğinden, suçun nitelikli hali (TCK, m. 134 (f. 1, ikinci cümle)) de gerçekleşmiş olacaktır. Ayrıca, yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun unsurları da oluşmuş olacaktır (TCK, m. 135 (f. 1-2)). Zira C'nin cinsel yaşamına ilişkin kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydedilmiş olacaktır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu suç ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçu arasında “*özel norm – genel norm ilişkisi*” bulunduğundan, görünüşte içtima ilkeleri uyarınca yalnızca özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna ilişkin olan norm uygulama alanı bulacaktır⁸¹.

B'nin, A ile C'nin girdikleri cinsel ilişkinin görüntülerini kaydetmesi yine müstehcenlik suçunun (TCK, m. 226 (f. 3)) gerçekleşmesine de sebebiyet verecektir. Dolayısıyla, somut olayda hem özel hayatın gizliliğini ihlal suçu hem de müstehcenlik suçu gerçekleşmiş olacaktır. Ancak, Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere, bu iki suç aynı fiil ile işlendiği takdirde, iki suç arasında farklı neviden fikri içtima hükmünün (TCK, m. 44) uygulanması gerekmektedir⁸². Bu nedenle, B'nin daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması gerekir.

Burada A'nın, B'nin işlemiş olduğu müstehcenlik suçunun müşterek faili olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunun da yanıtlanması gerekir. Müşterek failliğin söz konusu olduğu durumlarda müşterek faillerin her birinin tipiklikte tarif edilen maddi unsurları tam anlamıyla gerçekleştirmiş olması ayrı ayrı aranmaz⁸³. Öğretide müşterek failliğin kabulü için birlikte suç işleme kararının bulunması ve fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurulması yeterli görülmektedir⁸⁴. Bu kapsamda C ile cinsel ilişkiye girerek ondan habersiz olarak cinsel ilişkinin görüntülerinin kaydedilmesini sağlayan A'nın, B'nin işlemiş olduğu müstehcenlik suçu bakımından müşterek fail olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Zira birlikte suç işleme kararı ve fiil üzerinde müşterek hakimiyet söz konusudur.

⁸¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 543; Koca/Üzülmmez, Özel, s. 628; Akyürek, s. 227-228.

⁸² Yarg. 12. CD., 2014/19480 E., 2015/5315 K., 30.03.2015; Yarg. 14. CD., 2014/9227 E., 2017/4650, 11.10.2017 (Tezcan/Erdem/Önok, s. 622). Farklı yönde görüş için bkz. Özgenç, Rıza, s. 276.

⁸³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 601.

⁸⁴ Özgenç, Genel, s. 600-613.

D) B'nin A ile C Arasındaki Cinsel İlişkiye Dair Kaydettiği Görüntüleri İfşa Edeceğinden Bahisle C'yi Kendisiyle Cinsel İlişkiye Girmeye Zorlaması Hangi Suç veya Suçları Oluşturur?

Burada dört tane suç tipinin değerlendirilmesi gerekmektedir: şantaj suçu, tehdit suçu, çocukların cinsel istismarı suçu ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu. Öncelikle B'nin, C'ye kendisiyle cinsel ilişkiye girmedeği takdirde elindeki görüntüleri ifşa edeceğini söylemesi tehdit ve şantaj suçlarının oluşumuna sebebiyet verebilir. Burada görüntülerin kaydedilmiş olmasında C'nin rızasının olup olmamasının tehdit ve şantaj suçlarının oluşumu bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. B'nin davranışı şantaj suçunun TCK, m. 107 (f. 2)'de düzenlenmiş olan *“kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı ... tehdidinde bulunulması”* şekline uygun düşmektedir. Gerçekten de B, kendisiyle cinsel ilişkiye girmedeği takdirde C'nin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikte hususları açıklayacağı tehdidinde bulunmaktadır. Şantaj suçu failin yarar sağlamak maksadıyla mağdurun şeref veya saygınlığına zarar verebilecek hususu açıklayacağını bildirmesiyle tamamlandığından⁸⁵, somut olayda da B'nin C'yi arayarak bu hususu bildirmesiyle suç tamamlanmıştır.

Suç tipinde bahsi geçen “yarar” kavramı yalnızca ekonomik yararlar ile sınırlı değildir⁸⁶. Failin maddi veya manevi herhangi bir yararı elde etmek maksadıyla hareket etmiş olması yeterlidir⁸⁷. Öte yandan *“şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı”* şeklindeki ifade de ilk başta görüntülerin ifşa edilmesini kapsamına almıyormuş gibi bir izlenim oluşturabilir. Ancak, “açıklamak” kelimesinin *“izah etmek, açıkça söylemek”* şeklindeki anlamlarının yanı sıra, *“belirtmek, göstermek, açığa vurmak”* gibi anlamları da bulunmaktadır⁸⁸. Dolayısıyla, bir başkasını elindeki cinsel ilişki görüntülerini ifşa edeceğinden bahisle tehdit etmek de şantaj suçunun kapsamına girmektedir⁸⁹.

⁸⁵ Koca/Üzülmez, Özel, s. 465.

⁸⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 464.

⁸⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 463.

⁸⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Güncel Türkçe Sözlük” (<https://sozluk.gov.tr>), Erişim Tarihi: 16.12.2023.

⁸⁹ Benzer yönde bkz. Neslihan Demirkol, Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2017, Yüksek Lisans Tezi, s. 85.

⁸⁹ Yarg. 12. CD., 2022/1620 E., 2022/3898 K., 18.05.2022; Yarg. 12. CD., 2021/5277 E.,

B'nin davranışı aynı zamanda tehdit suçunu da (TCK, m. 106 (f. 1, üçüncü cümle)) oluşturmaktadır. Zira B, elindeki görüntüleri ifşa edeceğinden bahsederek, C'yi “*sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit*” etmektedir. Bu suç da failin mağdura gerçekleştirilmesi kendi elinde olan “*sair kötülüğü*” gerçekleştireceğinden bahsetmesiyle tamamlanmakta olup, ayrıca söz konusu kötülüğün gerçekleştirilmesi gerekmemektedir⁹⁰. Öğretide tehdit suçu ile şantaj suçunun TCK, m. 107 (f. 2) hükmünde düzenlenmiş olan hali arasında “*genel norm – özel norm ilişkisi*” bulunduğundan, bu tür durumlarda yalnızca şantaj suçuna ilişkin hükmün uygulanacağı kabul edilmektedir⁹¹.

Esasında özel – genel norm ilişkisinin varlığından söz edilebilmesi için özel normun, hem genel normdaki unsur ve özellikleri taşıması hem de ilave olarak başkaca özel bir unsur taşıması gerekir⁹². Şantaj suçu tehdit suçunun kanuni tanımındaki bütün unsurları bünyesinde barındırmadığından da burada özel – genel norm ilişkisinin bulunmadığı düşünülebilir. Ancak söz konusu ilişkinin kabulü bakımından özel normun, genel normu içeren suç tipinin tamamını kapsamamasının gerekli olmadığı kanaatindeyiz. Şayet özel norm, genel normu içeren suç tipinin işleniş biçimlerinden birisini her halükârda bünyesinde barındırıyorsa özel – genel norm ilişkisinin varlığının en azından bu kısım bakımından kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu bakımdan TCK, m. 107 (f. 2)'deki şantaja ilişkin düzenleme her halükârda “*sair bir kötülük edeceğinden bahisle*” tehdidi de içerir. Bu kısım bakımından özel – genel norm ilişkisinin söz konusu olduğunu düşündüğümüzden özel normun öncelikli uygulanmasına ilişkin görünüşte içtima ilkesi uyarınca yalnızca şantaj suçundan ceza verilmesi gerekir⁹³.

Bundan 15 gün sonra C'nin, B'nin belirttiği yere gelip görüntülerinin ifşa edileceği tehdidiyle cinsel ilişkiye girmeye zorlanmış olması ise çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halini (TCK, m. 103 (f. 2, birinci cümle)) oluşturmaktadır. Zira B, C'yi tehdit edip onunla cinsel ilişkiye girerek onu cinsel yönden istismar etmiş ve istismarı vücuduna organ sokmak suretiyle gerçekleştirmiştir. Ayrıca TCK, m. 103 (f. 4) uyarınca: “*cinsel istismarın,*

2021/6888 K., 13.10.2021; Yarg. 12. CD., 2021/1558 E., 2021/6595 K., 06.10.2021.

⁹⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 423-426.

⁹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 467; Koca/Üzülmez, Özel, s. 467; Burak Bilge, “Şantaj Suçu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 6 (1), s. 154-155.

⁹² Kayıhan İçel, Suçların İçtimai, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 183; Koca/Üzülmez, Genel, s. 563.

⁹³ İçel, s. 173 vd.

birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır”. C, B’nin tehdidi nedeniyle onunla cinsel ilişkiye girmiş olduğundan söz konusu nitelikli hal de gerçekleşmiş olacaktır. Belirtelim ki, bu durumda bileşik suç söz konusu olduğundan B ayrıca tehdit veya şantaj suçlarından cezalandırılmayacaktır. Bileşik suç durumunda “*tipik fiil tekliği*” söz konusu olmakta ve birden fazla farklı davranış kanuni tanım ile tek bir fiil haline getirilmektedir⁹⁴.

Son olarak, B’nin tehdit yoluyla, C’yi cinsel ilişkiye girmek için kendi evine gelmeye zorlaması aynı zamanda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu (TCK, m. 109 (f. 1)) oluşturmaktadır. Ayrıca, B’nin fiili işlemek için tehdit kullanması (TCK, m. 109 (f. 2)), suçu bir çocuğa karşı işlemesi (TCK, m. 109 (f. 3, f bendi)) ve suçu cinsel amaçla işlemesi (TCK, m. 109 (f. 5)) nedeniyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hallerinin varlığından da söz edilebilir. Bununla birlikte, öğretide ve uygulamada, cinsel istismarın zorunlu kıldığı hürriyet kısıtlamasının ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna vücut vermeyeceği, bunun cinsel istismar fiilinin içerisinde değerlendirileceği haklı olarak ifade edilmektedir⁹⁵. Buna göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için, cinsel istismarın veya cinsel saldırının zorunlu kıldığı ölçünün dışında da bir hürriyet kısıtlamasının varlığı gereklidir⁹⁶. Somut olayda bu tür bir hürriyet kısıtlaması bulunmadığından, B yalnızca çocuğun cinsel istismarı suçunun nitelikli halinden cezalandırılacaktır.

E) C, A ile Girmiş Oldukları Cinsel İlişkinin Görüntülerini Kaydetmiş Olsaydı ve Bunları İfşa Edeceğinden Bahisle A’yı Kendisiyle Tekrar Cinsel İlişkiye Girmeye Zorlamış Olsaydı, Hangi Suçlar Gerçekleşmiş Olurdu?

Öncelikle C’nin, A ile girmiş oldukları cinsel ilişkiyi A’nın rızası dahilinde kayıt altına alması durumunda kişisel verileri kaydetme ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının oluşmayacağını ve fakat müstehcenlik

⁹⁴ Bu konuda bkz. Neslihan Göktürk, Fikri İçtima (Suçların İçtimalı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 131-133; Koca/Üzülmez, Genel, s. 564 vd.

⁹⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 400; Koca/Üzülmez, Özel, s. 410; YCGK, 2018/41 E., 2021/148 K., 30.03.2021 (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 400).

⁹⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 400.

suçunun oluşacağını yukarıda ikinci soruya verdiğimiz yanıtlar ile aynı gerekçeye dayanarak söyleyebiliriz.

C'nin, A ile girmiş oldukları cinsel ilişkiyi A'nın bilgisi ve rızası dışında kayıt altına alması durumunda ise önceki yanıtlarımızdan farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira A, C ile cinsel ilişkiye girerek özel hayatını onunla paylaşmaktadır. Ancak, bu görüntülerin kaydedilmesine yönelik bir rızası bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu durumda özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli halinin (TCK, m. 134 (f. 1, ikinci cümle)) gerçekleştiğinden söz edilemez. Zira öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, söz konusu nitelikli halin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için öncelikle suçun temel halinin gerçekleşmiş olması gerekir⁹⁷. Oysa, somut olayda A ile C isteyerek cinsel ilişkiye girdiklerinden burada özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun temel hali gerçekleşmemiştir. Buna karşılık, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi söz konusu olduğundan, kişisel verilerin kaydedilmesi suçu (TCK, m. 135 (f. 1-2)) gerçekleşmiştir⁹⁸. Ayrıca, müstehcenlik suçu (TCK, m. 226 (f. 3, birinci cümle)) da gerçekleşmiş olacaktır. Bu iki suç tek bir fiil ile işlenmiş olacağından, farklı neviden fıkri içtima uygulanarak daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan dolayı ceza verilmesi gerekecektir.

C'nin A'yı, girmiş oldukları cinsel ilişkinin görüntülerini ifşa edeceğinden bahisle cinsel ilişkiye zorlaması bakımından temel olarak dördüncü soruya verdiğimiz yanıtlar geçerlidir. Buna göre, C, A'ya karşı çocukların cinsel istismarı suçunu işlemiş olacaktır. Ancak burada farklı olarak, TCK, m. 103 (f. 2)'te yer alan "*cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi*" şeklindeki nitelikli hal uygulama alanı bulmayacak, yalnızca çocukların cinsel istismarı suçunun temel hali ile birlikte, cinsel istismarın tehdit kullanılarak işlenmiş olmasına ilişkin nitelikli hal uygulanacaktır (TCK, m. 103 (f. 4)). Zira, Yargıtay'ın ve öğretide bir kısım yazarların da kabul ettiği üzere, söz konusu hükümde "*vücuda organ veya sair bir cisim sokulması*"ndan bahsedildiği için, bu hüküm kişinin kendi vücuduna organ veya sair bir cisim sokturması durumunda uygulama alanı bulmaz⁹⁹.

Buna karşılık, öğretideki diğer bir görüş, mağdurun faile organ veya sair

⁹⁷ İzzet Özgenç ve diğerleri, Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler Karar İncelemeleri Sınav Soru ve Cevapları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 185-186.

⁹⁸ Özgenç ve diğerleri, s. 185.

⁹⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel, s. 377; Koca/Üzülmüş, Özel, s. 402; Ergüne, s. 64; Yarg. 14. CD., 2018/7926 E., 2019/10020 K., 17.06.2019 (Tezcan/Erdem/Önok, s. 345).

bir cisim sokmaya zorlandığı hallerde dolaylı faillik yoluyla TCK, m. 102 (f. 2) hükmünün uygulama alanı bulabileceğini savunmaktadır¹⁰⁰. Yazarlara göre, neticede konvansiyonel anlamda bir cinsel ilişki söz konusu olduğundan ve penetrasyon gerçekleştiğinden, artık fiilin cinsel saldırının temel hali olarak değerlendirilmesi isabetli olmayacaktır¹⁰¹. Esasında, yazarların bu tür durumlarda konvansiyonel anlamda cinsel ilişkinin gerçekleştiği ve artık nitelikli halin uygulanması gerektiği yönündeki eleştirilerinde bir haklılık payı mevcuttur. Neticede suçun nitelikli hali bakımından vücuda bir organ sokulması aranarak, cinsel ilişkiye girmenin, diğer cinsel davranışlardan daha ağır cezalandırılması amaçlanmaktadır. Bu nedenle, bir kadının bir erkeği cinsel ilişkiye zorlaması durumunda, bir erkeğin bir kadını cinsel ilişkiye zorlamasından farklı bir sonucun ortaya çıkması bize göre de eleştirilebilir bir husustur. Bununla birlikte, hükmün mevcut halinin farklı bir uygulamaya imkân vermediği kanaatindeyiz. Söz konusu hükmün, mağdurun faile organ sokmaya zorlandığı haller bakımından uygulanmasının kıyas yasağını ihlal edeceği kanaatindeyiz. Öte yandan bu tür durumlarda failin dolaylı faillik yoluyla nitelikli halden sorumlu tutulmasının da teorik yönden izahı güç bir çözüm önerisi olduğu kanaatindeyiz.

¹⁰⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 345.

¹⁰¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 345.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Akyürek G, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m.134), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Artuk ME/Gökçen A/Alşahin ME/Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Artuk ME/Gökçen A/Alşahin ME/Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Bakırel NB, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki Sorumluluk Paylaşımı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Bilge B, “Şantaj Suçu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 6 (1), 131-160.
- Can N, “Sosyal Medyada Paylaşılan Çocuklara Ait Görüntülerin Müstehcenlik Suçları (TCK m. 226/3 ve 226/6) Bağlamında Değerlendirilmesi”, MÜHF-HAD, 2023, 29 (1), 276-313.
- Çelikel S, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Demirkol N, Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2017, Yüksek Lisans Tezi.
- Eker Kazancı B, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, 2007, 9 (1), 131-164.
- Erdoğan I, Yapay Zekâ ve Profillemeye Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Ergüne E, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, MÜHF-HAD, 2023, 29 (1), 54-97.
- Göktürk N, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin

- İcra Ettiği Fonksiyon”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 7 (1), 407-450.
- Göktürk N, Fikri İçtima (Suçların İçtimaı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- İçel K, Suçların İçtimaı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- Koca M/Bozkurt Ö/Akar İ, “Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu” in Mahmut Koca (ed.), Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2020, 633-668.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2023.
- Madde 29 Çalışma Grubu, “Kişisel Veri Kavramı Üzerine 4/2007 Sayılı Görüş” (https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf), 2007, Erişim Tarihi: 11.04.2024.
- Memiş Kartal P, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- Özbek VÖ, Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Özbek VÖ/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Özgenç İ, “Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, XXIV (4), 265-271.
- Özgenç İ, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, XXIV (2), 251-288.
- Özgenç İ, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin

- Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, XXIV (1), 257-283.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Özgenç İ/Kılıç AŞ/Ölmez G/Genç FU/Baytemir Kontacı B/Ünal OG/Yurtlu F, Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler Karar İncelemeleri Sınav Soru ve Cevapları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Öztürk B/Altınok Çalışkan E/Seyhan S, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Purtova N, “The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law”, Law, Innovation and Technology, 2018, 10 (1), 40-81.
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Taner FG, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Taneri G, “Müstehcenlik Suçu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 13 (1), 561-624.
- Tezcan D/Erdem MR/Önok RM, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Güncel Türkçe Sözlük” (<https://sozluk.gov.tr>).
- Yenerer Çakmut Ö, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, MÜHF-HAD, 2016, 22 (1), 35-51.
- Yokuş Sevük H, “6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, CKHD, 2015, 3 (2), 119-145.

Yokuş Sevrük H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

KARARLAR

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/603 E., 2015/66 K., 24.03.2015.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018/41 E., 2021/148 K., 30.03.2021.
- Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2021/21754 E., 2021/8114 K., 30.09.2021.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2014/19480 E., 2015/5315 K., 30.03.2015.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2021/1558 E., 2021/6595 K., 06.10.2021.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2021/5277 E., 2021/6888 K., 13.10.2021.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2022/1620 E., 2022/3898 K., 18.05.2022.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2013/3949 E., 2014/14374 K., 16.12.2014.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2014/9227 E., 2017/4650 K., 11.10.2017.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2016/10559 E., 2021/4080 K., 07.06.2021.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2016/2414 E., 2020/785 K., 04.02.2020.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2017/4917 E., 2021/4381 K., 21.06.2021.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2018/7926 E., 2019/10020 K., 17.06.2019.



KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852 Cilt/Volume: 3 Sayı/No: 1-2 HAZİRAN-ARALIK/June-December 2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

SUÇUN CEZAYI ARTIRAN NİTELİKLİ HALLERİNDE HATANIN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME YARGITAY CGK 2020/1-433 E., 2023/28 K., 26.01.2023

*An Evaluation on the Effect of the Error on the Criminal
Responsibility in the Qualified Conditions of the Crime
Increasing the Penalty Criminal General Assembly of the
Court of Cassation 2020/1-433 E., 2023/28 K., 26.01.2023*

M. Emre TULAY*

Özet

Kasten işlenen suçta, failin tasavvurundaki şahıs ya da konu yerine bir başka şahıs ya da konunun etkilenmesi halinde, şahısta veya konuda hata kurumu gündeme gelir. Şahıs veya konu, kanuni tipin bir parçası olarak ilgili suç normunda tanımlanmış olabilir. Failin, bu unsuru bilmeden fiilini gerçekleştirmesi halinde artık o suç fiili bakımından kasten hareket ettiği söylenemez. Kişi, şartları dahilinde taksirli davranışından ötürü sorumlu tutulur. Unsur yanılgısı olarak karşımıza çıkan bu durum, kastı kaldıran hata halidir. Suçun maddi unsuruna dahil olduğu kabul edilen nitelikli haller de kast kapsamında kalmalıdır. Bu nedenle, suçun nitelikli

* **Doç. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, **E-Posta:** emre_tulay@hotmail.com, **ORCID:** 0000-0002-7828-8302.

• **Atıf Şekli / Cite As:** Tulay M. Emre, “Suçun Cezayı Artıran Nitelikli Hallerinde Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme Yargıtay CGK 2020/1-433 E., 2023/28 K., 26.01.2023”, KİD, 3(1-2), 2024, s.91-102.

• **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

halini teşkil eden şahıs veya konuyu bilmeyen failin, nitelikli haller yönünden kasten hareket etmediği sonucuna varılır. TCK m. 30/2’de karşılık bulan bu durum da kastı kaldıran hata örneğidir. Nitelikli haller yönünden taksirin bulunması ceza artımı gerektirmeyeceğinden kişi, suçun basit şeklinden cezalandırılır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 26.1.2023 tarihli ve E. 2020/1-433, K. 2023/28 sayılı Kararına konu teşkil eden olay özelinde; suçun cezayı artıran nitelikli hallerin hukuki niteliği, ceza sorumluluğuna etkisi, kaçınılmazlık değerlendirmesine gerek olup olmadığı ve temel suç yönünden failin ayrıca tasavvur ettiği şahıs veya konu bakımından da sorumlu tutulup tutulamayacağı konuları ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: *Cezayı Artıran Nitelikli Hal, Şahısta Hata, Kastı Kaldıran Hata, Kaçınılmaz Hata, Kastın Tüketilmesi*

Abstract

In the case of a deliberate offense, if another person or subject is affected instead of the person or subject in the perpetrator’s conception, the institution of error in the person or subject comes to the fore. The person or subject may be defined in the relevant criminal norm as part of the legal type. If the perpetrator performs his/her act without knowing this element, it can no longer be said that he/she acted intentionally in terms of that criminal act. The person is held responsible for his negligent behaviour within the conditions. This situation, which appears as an element error, is a state of error that abolishes intent. Qualified cases, which are accepted to be included in the material element of the crime, must also remain within the scope of intent. Therefore, it is concluded that the perpetrator who does not know the person or subject matter that constitutes the qualified circumstances of the crime does not act intentionally in terms of the qualified circumstances. This situation, which corresponds to Article 30/2 of the TPC, is also an example of an error that removes intent. Since the presence of negligence in terms of qualified cases does not require an increase in the penalty, the person is punished for the simple form of the crime. In the case that constitutes the subject of the decision of the Criminal General Assembly of the Court of Cassation dated 26.1.2023 and numbered Docket No. 2020/1-433, Decision No. 2023/28; the legal nature of the qualified circumstances of the crime that increase the penalty, their effect on criminal responsibility, whether there is a need for inevitability assessment and whether the perpetrator can be held responsible or the basic crime in terms of the person or subject matter he/she also envisioned in terms of the basic crime were discussed.

Keywords: *Qualified Condition Increasing the Penalty, Mistake in Person, Mistake Removing the Intent, Inevitable Mistake, Exhaustion of Intent*

I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.1.2023 tarihli ve E. 2020/1-433, K. 2023/28 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; 57 yaşındaki A, yıllar önce boşandığı eşi B'yi, kendisini aldattığı düşüncesine kapılarak öldürmeye karar verir. Bu amaçla akşam saatlerinde av tüfeği ile B'nin ikamet ettiğini düşündüğü evin bulunduğu konuma gelir; mutfakta bulaşık yıkamakta olan kişinin B olduğunu düşünerek ve bu kişiyi hedef alarak üç el ateş eder. Ancak hedef aldığı kişi B değil, kendisinin hiç tanımadığı C'dir. 16 yaşında olan kız C, kendisine isabet eden saçma tanelerinin etkisiyle yaralanır.

II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEM

Karara onu teşkil eden olayda hukuki sorun, A hakkında cezaya hükmederken kasten öldürme suçunun nitelikli unsurlarının dikkate alınıp alınamayacağı, alınabileceksen hangi hallerde alınabileceği; başka bir ifadeyle, A hakkında kasten öldürme suçuna teşebbüsten dolayı hükmolunacak cezanın belirlenmesinde kasten öldürme suçunun temel şeklinin mi, yoksa nitelikli unsurlarının mı gündeme geleceği hususuna ilişkindir.

Olayda tartışılmaya değer bir diğer husus, kastedilen asıl kişi bakımından da teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı sorunudur.

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

1- İlk derece mahkemesi olarak Kayseri 3. Ağır Ceza Mahkemesi, A'nın kasten öldürme suçuna teşebbüs ettiğini kabul ederek, hakkında sırasıyla TCK, m. 81, 35 ve 62 hükümlerine istinaden 10 yıl hapis cezasına hükmetmiştir.

2- Yargıtay 1. Ceza Dairesi, A'nın *“bina içerisinde olan kişiyi gördüğünden bahsetmesi üzerine basit bir inceleme ile kastettiği kişinin içeride olup olmadığını anlaması mümkün görülmekle, ‘kaçınılmaz hata’dan bahsedilemeyeceğinden; TCK’nın 82/1-e ve 35. maddeleri uyarınca mağdurun almış olduğu yaralar da dikkate alınmak suretiyle ceza tertibi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması”* gerekçesiyle, ilk derece mahkemesinin kurduğu mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

3- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, *“sanığın eyleminin, 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesi delaletiyle 81. maddesindeki kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu”* görüşüyle, bu bozma kararına itiraz etmiştir.

4- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, aşağıdaki gerekçe ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kabulüne, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin

bozma kararının kaldırılmasına ve ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir:

“TCK’nın 30. maddesinin 2. fıkrasında; “Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” hükmü yer almaktadır. Suçun temel şekline göre cezayı artıran veya azaltan nedenler, nitelikli hâllerdir. Nitelikli hâllerde hata durumunda fail, suçun temel şekliyle ilgili unsurlarda hataya düşmemiştir. Suçun temel şekli tüm unsurları itibarıyla gerçekleşmiş, ancak fail nitelikli hâllerin gerçekleştiği konusunda hata ile hareket etmiştir. Kanun’da nitelikli hâle ilişkin hatanın hukuki sonucu açıklanmamış, yalnızca failin bu hatasından yararlanacağı ifade edilmiş, bu hatanın ne birinci fıkra olduğu gibi kastı kaldıracağından, ne de üçüncü fıkra olduğu gibi kaçınılmaz olması gerektiğinden bahsedilmiştir. Bununla birlikte ikinci fıkra uyarınca suçun nitelikli hâline ilişkin kanuni unsurlarını bilmeden hareket eden failin nitelikli hâl bakımından kasten hareket etmediği kabul edilmeli ve suçun temel şeklinden cezalandırılmalıdır. Buna göre kardeşi olduğunu bilmediği bir kişiyi öldüren failin, kasten öldürme suçunun nitelikli hâllerinden olan kardeşini öldürmekten değil, kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu olacağı, değersiz zannederek değerli bir kolyeyi çalan fail hakkında ise değer azlığı hükmünün uygulanacağı ilke olarak kabul edilmektedir.

Cezayı artıran nitelikli hâlin kişiye değil de fiile ilişkin olduğu durumlarda, bu nitelikli hâl sanığa uygulanmalı, sanık suçun nitelikli hâli ile cezalandırılmalıdır. Başka bir deyişle kişiye bağlı nitelikli hâllerde sanık hatasından yararlanabilmeli ve eylemin basit hâlinde cezalandırılmalı, fiile bağlı nitelikli hâllerde ise hata hâlinde dahi sanık nitelikli halden cezalandırılmalıdır. Örneğin, üçüncü bir kişiyi öldürmek isteyen sanığın hata ile üçüncü kişi yerine babasını öldürmesi durumunda, üst soyu öldürme kişiye bağlı nitelikli hâl olduğu için sanık hatasından yararlanacak ve öldürme suçunun basit hâliyle cezalandırılması gerekecek, fakat, bir kişiyi yakarak öldürmeyi planlayan sanığın hata ile bir başkasını yakarak öldürmesi durumunda, yakarak öldürme fiile ilişkin bir nitelikli hâl olduğu için, burada hata ile kastettiğinden bir başkasını da öldürse sanığın nitelikli hâlden cezalandırılması gerekecektir.”

Somut olayda, “odanın içerisinde bir insan bulunduğunu gören, bu insanı bilerek ve isteyerek öldürmek amacıyla av tüfeğiyle ateş eden sanığın, olayın meydana geldiği yer ve koşullara göre ateş ettiği kişinin 18 yaşından küçük olduğunu bilebilecek durumda olmadığı, bu itibarla suçun nitelikli

hâlinin gerçekleşmesi bakımından hatasından faydalanması gerektiği, zira TCK'nın 30/2. maddesine göre bu husustaki hatanın kaçınılmaz olmasının zorunlu bulunmadığı anlaşıldığından, sanığın eyleminin TCK'nın 81/1. maddesi kapsamında kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturduğu kabul edilmelidir”.

Çoğunluk görüşüne katılmayan iki Ceza Genel Kurulu üyesi; sanığın eyleminin *nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturduğu düşüncesiyle* karşı oy kullanmışlardır.

IV. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ:

A. Şahısta veya Konuda Hata Üzerine Genel Değerlendirme

Olayda çözümlenmesi gereken hukuki sorun, şahısta veya konuda hata başlığı altında ele alınmalıdır.

Failin, tasavvur ettiği kişi veya konu yerine tasavvuruna benzettiği ve fakat bir başka kişi ya da konu üzerinde fiilini gerçekleştirmesi halinde *error in persona vel obiecto* kurumu gündeme gelir.¹

Türk Ceza Hukukunda, şahısta veya konuda hatanın cezai sorumluluğa etkisi, normatif olarak münhasıran düzenlenmiş değildir. Sorun, hataya düşülen şahıs veya konunun hukuki niteliği üzerinden bir değerlendirmeye göre TCK m. 30 içinde çözümlenmektedir.²

Tasavvur edilen ile gerçekte etkilenen şahıs veya konusunun farklı olmasının cezai sorumluluğa etkisi meselesinde çözüm kriteri, eşdeğerlik prensibidir.³ Eşdeğerlik prensibine göre; kastedilen suçta korunan hukuki

¹ Konu hakkında genel tanım ve detaylı değerlendirmeler için bkz. M.Emre Tulay, Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 60 vd.

² TCK'da şahısta veya konuda hataya ilişkin münhasıran bir normatif düzenlemeye ihtiyaç duyulmamıştır. Bu hususta TCK m. 30 gerekçesi şu şekildedir: “*Şahısta hata’ aslında bir ve ikinci fıkra (TCK m. 30/1-2) hükümleri bağlamında düşünülmesi gereken bir durum olduğu için, bu hususa ilişkin ayrı bir hükme yer verilmesi gereksiz görülmüştür*”. Bu tercihin isabetli olduğu söylenmelidir, bkz. Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, TBBD, 2014 (110), s. 155; Veli Özer Özbek, “Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30)”, CHD, Cilt: 3, Sayı: 2, 2008, s. 84; aksi görüşte Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, US-A Yayınevi, Ankara, 2019, Genel Hükümler, s. 300.

³ Adem Sözüier, Suça Teşebbüs, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Doktora Tezi), 1993, s. 316; Cem Şenol, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m. 30/1-2)”, CHD, Cilt: 13, Sayı: 38, 2018, s. 134; Tulay, s. 61 vd.

değer ve suçta tanımlı kanuni tip bakımından tasavvur edilen ile gerçekte olan arasında bir eşdeğerlik varsa failin kastıgerçekte etkilenen kişi ya da konu üzerinde devam edecek, fail gerçekleşen somut neticeden kasten sorumlu tutulacaktır. Fakat her iki durum arasında bir eşdeğersizlik varsa fail, bu hatasından yararlanacaktır.⁴ Eşdeğersizliğin parçası olan şahıs veya konu suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsuru teşkil ediyorsa, artık unsur yanılığısına düşen kişinin kastının kalktığı kabul edilecek ve kişi, meydana gelen neticeden dolayı taksirle sorumlu tutulacaktır.⁵ Mesela; hasmı ormanda avlanmak isteyen A'nın, çalılıkların arkasından geçen B'yi o anki hava ve arazi koşullarında geyiğe benzetip beklediği av tasavvuru ile ateş ettiğini ve B'yi yaraladığını varsayalım. Burada meydana gelen netice, bir insanın (B) yaralanmasıdır. Yaralanma suçunun konusu, 'insan'dır. Ancak failin tasavvurundaki konu 'hayvan' iken gerçekte eylemden etkilenen konu 'insan'dır. Burada üzerinde hataya düşülen konu, suçun unsurlarına dahil olduğu için “*unsur yanılığı (Tatbestandsirrtum)*” söz konudur. Yaralama suçunda korunan hukuki değer ve suçun konusu dikkate alındığında, bu farklılık eşdeğersizdir. Eşdeğersizlik halinde, failin kastının kalktığı kabul edilir ve meydana gelen netice üzerinde ancak taksirli sorumluluktan bahsedilir (TCK m. 30/1). Taksirin şartları gerçekleştiği müddetçe meydana gelen neticeden taksirle sorumluluk gündeme gelir.

B. Şahısta Hatanın Somut Olaya Uyarlanması

1. Temel Suç (TCK m. 81) Bakımından Değerlendirme

Somut olayda fail, hedef aldığı mutfak penceresinin ardında 57 yaşındaki

⁴ Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 476; M.Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M.Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 649; Sözüer, s. 316; Şenol, s. 134; Tulay, s. 62 vd.

⁵ Akbulut, Genel Hükümler, s. 472; Hasan Çataklı, “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”, EBYÜHFD, Cilt: XXIII, Sayı: 3-4, 2019, s. 286; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 421; Reşit Karaaslan, “Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma”, GSÜHFD 2019/2, s. 219; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 428; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 536; Şenol, s. 120; Erdal Yerdelen, “Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)”, CHD, Cilt: 9, Sayı: 25, 2014, s. 77; Hakan Karakehya, Ceza Hukuku Genel Hükümler -I-, Nisan Yayınevi, Eskişehir, 2018, s. 129; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 256; Mustafa Ruhan Erdem, “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, DEÜHFD, Cilt: 21, 2019, s. 44.

karısını (B) öldürmeyi istemiştir. Bu tasavvur üzerine (gerçekte) o an için mutfakta olan 16 yaşındaki kız çocuğuna (C) hedef almış ve çocuk bu hamle sebebiyle yaralanmıştır.

Fail A'nın hareketi, iradi ve icraidir. Meydana gelen netice, yaralamadır; kişi (C) ölmemiştir. Mağdurun vücudunda doğan netice ile failin hareketi arasında nedensellik bağı vardır ve neticenin faile objektif olarak isnat edilmesine engel bir durum yoktur.

Failin kastı, eşini (B), yani bir insanı öldürmeye yöneliktir. Hareket bu amaçla icra edilmişken eylemden gerçekte etkilenen kişi C'dir. İşte bu noktada, tasavvur edilen kişi (B) ile gerçekte etkilenen kişi (C) arasında farklılık ortaya çıkmıştır. Bu farklılık eşdeğer niteliktedir. Çünkü hem B hem C 'insan' olması nedeniyle 'kasten öldürme' suçunun konusudur. TCK m. 81'de, kasten öldürme suçunun konusu bireyselleştirilmemiştir. Buraya dek, mercilerin her birince yapılan "TCK m. 81 hükmünün yasal şartlarının oluştuğu" tespiti, hukuken isabetlidir.

2. Suçun Cezayı Artıran Nitelikli Hali (TCK m. 82) Bakımından Değerlendirme

Kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinden olan suçun eşe karşı (TCK m. 82/1-d) ve çocuğa karşı (TCK m. 82/1-e) işlenmesi hallerinin somut olayda fail A bakımından uygulanabilirliği meselesi, karara konu olayda çözüm bekleyen asıl sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Somut olayda failin, kız çocuğunu eşi zannetmesiyle ortaya çıkan şahısta hata, nitelikli haller bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Bu hatanın suçun temel şekli üzerinde bir etkisi yoktur. Fakat kanun koyucu, kasten öldürme suçunda nitelikli halleri düzenlediği TCK m. 82'de, fail ile mağdur arasındaki hısımlık ilişkisine (TCK m. 82/1-d) ve mağdurun yaşına (çocuk-TCK m. 82/1-e) hukuken ayrı bir sonuç bağlamamış, mağduru *bireyselleştirmiştir*. Bu bireyselleştirme (somutlaştırma) kast bakımından etkilidir (eşdeğerlik prensibi).

Eşdeğerlik prensibini nitelikli hal bakımından olaya uyguladığımızda; failin tasavvurundaki kişi 'eş' iken gerçekte eylemden etkilenen kişi başkasıdır, bir 'çocuk'tur. Burada eşin 57 yaşında olduğu belirtilmiştir ve eşin yaşı, doğal olarak failin bilgisindedir. O halde tasavvur edilen kişi ile gerçekte mağdur olan kişi arasında eşdeğersizlik vardır. Çünkü TCK m. 82/1-e altında Kanun çocuğu dikkate alarak, 18 yaş ve üstü bireyi kasten öldürmenin "çocuğa

karşı” sergilenen nitelikli halinin dışında bırakmıştır. Eşdeğersizliğin sonucu olarak hata esaslıdır (esaslı hata) ve kastı kaldırır. Nitelikli haller tipikliğin maddi unsurlarına ve haliyle kasta dahil olduğundan⁶, artık gündeme gelen nitelikli hal yönünden failin kastının kalktığı kabul edilir. Sonuç olarak fail, tasavvur ettiğinin aksi şekilde öldürdüğü çocuk sebebiyle TCK m. 82/1-e’den cezalandırılmayacaktır.

Somut olayda failin kız çocuğunu “eşi” zannetmesi, aynı zamanda o kişinin 57 yaşında bir insan olduğu zannı taşıdığını da göstermektedir. Böylece, failin hedef aldığı kişinin bir çocuk olduğunu bildiğini ve gerçekte bir çocuğu öldürmeyi doğrudan istediğini yahut göze aldığını söylemek olanaksızdır. Bu nedenle, failin çocuğa karşı olası kastla davrandığı sonucuna varmak mümkün görünmemektedir.⁷ Ancak A hakkında, bulunduğu ortam şartlarında gerekli dikkat ve özeni gösterseydi; mesela, daha yakın ve aydınlık bir pozisyona geçip nişan alsaydı hedef aldığı kişinin aslında bir çocuk olduğunu fark edebileceği iddiası ileri sürülebilir. Fakat bizi taksirli sorumluluğa yönelten bu iddianın nitelikli haller bakımından bir etkisi yoktur. Nitelikli haller, kast kapsamında kalmak zorundadır.

3. Hatanın Kaçınılabilir Olup Olmaması Üzerine Değerlendirme

Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin bozma kararında dayandığı kaçınılabilir hata değerlendirmesi, hususen ele alınmaya değerdir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesine göre; *A’nın bina içerisinde olan kişiyi gördüğünden bahsetmesi üzerine basit bir inceleme ile kastettiği kişinin içeride olup olmadığını anlaması mümkün görülmekle, ‘kaçınılmaz hata’dan bahsedilemeyeceğinden; TCK’nın 82/1-e ve 35. maddeleri uyarınca mağdurun almış olduğu yaralar da dikkate alınmak suretiyle ceza tertibi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması* hukuka aykırıdır.

Hatanın kaçınılabilir olup olmaması meselesi, esasen failin sorumlu olduğu fiilden ötürü kınanabilir pozisyonda olup olmadığına ilişkin bir analizi içerir ve bu yönüyle “kaçınılmazlık”, kusurluluk değerlendirmesinin bir parçasıdır. Nitekim Türk Ceza Hukukunda kaçınılmaz hataya TCK m. 30/3 ile

⁶ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 381; Akbulut, s. 449; Koca/Üzülmüş, s. 263; Özgenç, s. 537; M.Emre Tulay, “Suç Ortaklığının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sıfatının Hukuki Etkisi”, AÜHFD, Cilt: 70, Sayı: 4, 2021, s. 1244.

⁷ Bununla birlikte, nitelikli hal bakımından olası kastın varlığının tespiti halinde, failin suçun nitelikli halinden sorumlu tutulacağına kuşku yoktur.

TCK m. 30/4'te sonuç bağlanmıştır. Kaçınılmaz yahut kaçınılabılır hatanın, kastı etkileyen özelliği haiz unsur yanılığı (TCK m. 30/1) ve nitelikli hal hatası (TCK m. 30/2) kapsamında bir etkisi yoktur. Bu nedenle failin somut olayda “kaçınabileceği” bir durumun tespitine girişilmesinin cezai sorumluluk bakımından gereği yoktur. Unsur yanılığı bakımından, kaçınılmaz hata değerlendirmesiyle benzer özelliklere sahip ve fakat başka bir kurum olan taksire ilişkin şartların analiz edilmesi gerekir. Bu yönleriyle, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin bozma gerekçesi hukuka aykırıdır.

4. Tasavvur Edilen Kişi/Konu Bakımından Teşebbüsün Tartışılması

Fail A'nın cezai sorumluluğu açısından bir diğer mesele, tasavvur edilen mağdur açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliğidir. Gerçekten, fail eşini öldürme kastıyla mutfak penceresine doğru ateş ettiğinde A da hedef alınan evin içinde bulunuyor olabilir. Böyle bir durumda A'nın vücudu ve yaşam hakkı bakımından somut ve yakın bir tehlikenin olduğu iddia edilebilir. Mağdur bakımından somut tehlikeyi nazara aldığımızda, A'nın hareketinin icra hareketleri evresine geçtiği ve fakat neticenin (eşin ölümü) gerçekleşmediği söylenmelidir. Bu durum, A bakımından eşe karşı kasten öldürmeye teşebbüsün de tartışılmasını zorunlu kılar. Bu tartışmayı teşebbüs özelinde olumlu yanıtlarsak, bu kez failin her iki neticeden (çocuğun ölümü ve eşi öldürmeye teşebbüs) sorumlu tutulması sonucu doğacaktır. Çünkü kasten öldürme suçu, aynı neviden fikri içtima uygulamasının kapsamı dışında bırakılmıştır (TCK m. 43/3).

Kanaatimizce, şahısta veya konuda hata halinde tasavvur edilen bakımından teşebbüsün koşulları oluşsa bile, meydana gelen somut netice üzerinde kastın tüketildiği kabul edilmelidir. Bu görüş çerçevesinde fail A, yalnızca meydana gelen netice üzerinden cezalandırılmalıdır.⁸

SONUÇ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.1.2023 tarihli ve E. 2020/1-433, K. 2023/28 sayılı Kararına konu teşkil eden olayla ilgili yer verdiğimiz hukuki analiz neticesinde ulaştığımız sonuç şu şekilde özetlenebilir:

1. Somut olayda fail hakkında, nitelikli hallerde ve esaslı görünen şahısta hata nedeniyle TCK m. 82/1-e hükmü uygulanamaz. Fail, TCK m. 81 ve TCK m. 35 hükümlerince, C'ye karşı kasten öldürmeye teşebbüs suçundan sorumludur.

⁸ Konu hakkında ayrıca bkz. Tulay, Şahısta veya Konuda Hata, s. 70 vd.

2. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin bozma kararı, öncelikle failin hareketindeki sübjektif unsur (kast-taksir) değerlendirmesi bakımından hatalıdır. Karar ayrıca, esasen kusurluluğa etki eden ve TCK m. 30/3 ve TCK m. 30/4'te, yani ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde hata veya yasak hatasında dikkate alınması gereken kaçınılmazlık değerlendirmesini unsur yanılığısı ve nitelikli hal hatası kapsamında ele alması sebebiyle hukuka aykırıdır.

3. Yerel Mahkeme ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararı, ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının görüşü, sonuç itibarıyla hukuka uygundur.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Artuk M. E/Gökçen A/Alşahin M. E/Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Çataklı H, “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”, EBYÜHFD, Cilt: XXIII, Sayı: 3-4, 2019, 279-309.
- Değirmenci O, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, TBBĐ, 2014 (110), 129-188.
- Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Erdem M. R, “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, DEÜHFD, Cilt: 21, 2019, 43-68.
- Hafızoğulları Z/Özen M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, US-A Yayınevi, Ankara, 2019.
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Karakehya H, Ceza Hukuku Genel Hükümler -I-, Nisan Yayınevi, Eskişehir, 2018.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Özbek V. Ö, “Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30)”, CHD, Cilt: 3, Sayı: 2, 2008, 83-99.
- Özbek V. Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Sözüer A, Suça Teşebbüs, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Doktora Tezi), 1993.

ŞenolC, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m. 30/1-2)”, CHD, Cilt: 13, Sayı: 38, 2018, 113-145.

Tulay M. E, Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Tulay M.E, “Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sıfatının Hukuki Etkisi”, AÜHFD, Cilt: 70, Sayı: 4, 2021, 1223-1259.

Yerdelen E, “Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)”, CHD, Cilt: 9, Sayı: 25, 2014, 69-101.