



**Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'YA  
ARMAĞAN**

CILT-I

ANKARA-2015

Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459

**Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN (Başkan)  
Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU  
Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU  
Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR  
Yrd. Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN  
Dr. Haluk TOROSLU  
Dr. Fahri Gökçen TANER  
Ar. Gör. Yaprak ÖNTAN

Takım Numarası: 978-605-136-202-1  
ISBN: 978-605-136-203-8

Ankara Üniversitesi Basımevi  
İncitaşı Sokak No: 10  
06510 Beşevler / ANKARA  
Tel: 0 (312) 213 66 55  
Basım Tarihi:





## İÇİNDEKİLER

İçindekiler .....	v
Sunuş.....	ix
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'nun Özgeçmişi .....	xiii
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'nun Yayınları .....	xv

### ANI YAZILARI

<b>Berna ARDA</b> .....	1
<b>Ahmet ÇETİN</b> .....	9
<b>Yüksel ERSOY</b> .....	11
<b>Metin FEYZİOĞLU</b> .....	15
<b>Tuğrul KATOĞLU</b> .....	17
<b>Selahattin KEYMAN</b> .....	19
<b>Erden KUNTALP</b> .....	21
<b>Güneş OKUYUCU ERGÜN</b> .....	23

### MAKALELER

<b><i>Hale AKDAĞ</i></b> Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri .....	27
<b><i>Ar. Gör. Tuğçe AKDEMİR - Ar. Gör. Abdullah ÇAVDAR</i></b> Vergi Suçu Kavramı ve Mükellefleri Vergi Suçu İşlemeye Yönelten Etkenler.....	49
<b><i>Dr. Cenk AKİL</i></b> İpotekli Konut Finansmanı Sisteminin İcra ve İflâs Kanunu'na Getirdiği Değişiklikler .....	71
<b>Yrd. Doç. Dr. Pervin AKSOY İPEKÇİOĞLU</b> Bir Sorgulama Yöntemi Olarak Çapraz Sorgu .....	91

<b>Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA</b> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Al-Skeini Kararı – Banković Kararından Sapma.....	123
<b>Yrd. Doç. Dr. Devrim AYDIN</b> Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu .....	137
<b>Yrd. Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ</b> Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğu .....	175
<b>Ar. Gör. Eylem BAŞ</b> Vergi Hukuku ve Ceza Hukuku Bakımından “Zamanaşımı” Kavramı Üzerine Bir İnceleme.....	199
<b>Prof. Dr. Nur CENTEL</b> 6352 Sayılı Kanun’la Kurulan Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri .....	245
<b>Av. Beytullah ÇETİN</b> Ceza Muhakemesi Hukukunda Yasak Yollarla Edinilmiş Delillerin Değerlendirilmesi.....	271
<b>Av. Remzi Demir</b> Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve Rehnin Paraya Çevrilmesi...	291
<b>Yrd. Doç. Dr. Koray DOĞAN</b> Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim.....	337
<b>Hasan DURSUN</b> Türk Hukuk Devriminden Sapmalar Kestirilemez Boyuttadır .....	361
<b>Yrd. Doç. Dr. Meral EKİCİ ŞAHİN</b> Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme .....	395
<b>Prof. Dr. Erdoğan GÖĞER</b> Vatandaşlık Hukukunda Telsik.....	431
<b>Nurcan GÜNDÜZ</b> Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata .....	489
<b>Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR</b> Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Pornografisi.....	545

<b>Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI</b> Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmak Suçu (TCK. m.302).....	557
<b>Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI - Ar. Gör. Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR</b> Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu.....	569
<b>Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA</b> Tanzimat Sonrası Osmanlı Devletinin Kamusal Cezalandırma Sisteminde Yaşanan Değişim .....	575
<b>Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA</b> Ceza Hukuku Alanındaki Akademik Başarının, Sosyal Hayatta Etkili Sermaye Türleri İle İlişkisi .....	591
<b>Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU</b> Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs .....	611
<b>Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU</b> Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü .....	627
<b>Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU</b> Kasten Yaralama Suçu.....	639
<b>Ar. Gör. Atacan KÖKSAL</b> Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu .....	687
<b>Prof. Dr. Erden KUNTALP - Yrd. Doç. Dr. Pınar Altınok ORMANCI</b> Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi .....	729
<b>Ar. Gör. Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR</b> Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Işığında Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığı .....	753
<b>Ar. Gör. Duygu MERKİ</b> Şike Suçu Açısından Teşebbüs .....	789
<b>Ar. Gör. Zeynep MÜFTÜOĞLU HOŞ</b> Vergi Cezalarının Affı .....	797

<b>Yrd. Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN</b> Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler .....	821
<b>Ar. Gör. Yaprak ÖNTAN</b> İntihara Yönlendirme Suçları.....	845
<b>Prof. Dr. Muharrem ÖZEN</b> Devlete Karşı Savaşa Tahrik Suçu.....	899
<b>Prof. Dr. Muharrem ÖZEN</b> Düşmanla İşbirliği Yapmak Suçu (TCK. m. 303) .....	905
<b>Yrd. Doç. Dr. Nazmiye ÖZENBAŞ</b> Tarihi Süreç İçerisinde Avusturya Ceza Hukukunda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası.....	913
<b>Av. Gürkan ÖZOCAK</b> İşlenemez Suç .....	953
<b>Ar. Gör. Bilgehan SAVAŞCI</b> Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar.....	989
<b>Prof. Dr. Sami SELÇUK</b> Eski Çağlarda Suç Hukuku.....	1013
<b>Prof. Dr. Turgut Tan</b> Yasama Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu (Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun bir kararı üzerine).....	1059
<b>Dr. Fahri Gökçen TANER</b> Terörle Mücadele Kanunundan 6545 Sayılı Kanun Sonrası Sulh Ceza Hakimliğine - Soruşturma Evresine Özgülenmiş Hakimlik Makamı	1071
<b>Yrd. Doç. Dr. Ozan Ercan TAŞKIN</b> Göçmen Fail ve Ceza Hukuku: Kültürel Savunma.....	1093
<b>Yrd. Doç. Dr. Fevzi TOPSOY</b> Karasularından Zararsız Geçiş Yapan Yabancı Gemiler Üzerinde Kıyı Devletinin Cezaî Yargı Yetkisi.....	1137



<b><i>M. Vefa TOROSLU</i></b>	
Forfaiting Finansman Tekniği .....	1171
<b><i>Dr. Haluk TOROSLU</i></b>	
Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı .....	1201
<b><i>Prof. Dr. Nükhet TURGUT</i></b>	
Hidroelektrik Santral (Hes) Politikasının Çevre Hukuku Açısından Sorgulanması .....	1233
<b><i>Ar. Gör. Faruk TURİNAY</i></b>	
Ceza Hukukunda Savaş Suçları Üzerine Bir İnceleme .....	1273
<b><i>Prof. Dr. Hamide ZAFER</i></b>	
Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2) .....	1307



## SUNUŞ

Prof. Dr. Nevzat TOROSLU Hocam, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku alanında başta ders kitapları olmak üzere onlarca bilimsel yayın yapmış, ceza hukuku alanında saygın bir yer edinmiş, ülkemizin yetiştirdiği alanında otorite olan çok değerli bilim insanlarından biridir.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yıllarını Anabilim dalımıza veren ve artık bir hukuk ve bilim çınarı olan Hocalarımıza gecikmiş olsa da vefa görevini yerine getirmenin gerektiğine meslektaşlarımızla karar verdik. Bu bağlamda vefa borcumuzu ilk yerine getirmemiz gereken Hocamızın Prof. Dr. Nevzat TOROSLU olduğu ve dolayısıyla kendisini onurlandırmak üzere bir Armağan çıkarılması kararını Yayın Kurulu olarak verdiğimizde yaşadığımız heyecanı, onuru ve aynı zamanda ağır bir sorumluluğu anlatmak mümkün değildir.

Bilimsel yönüyle TOROSLU Hocamı bu sunuşta anlatmak mümkün olmayacaktır. Kısaca belirtmek gerekirse, Hocam, ceza hukuku alanında ortaya koyduğu eserleri ile binlerce hukukçunun yetişmesine katkı sunmuştur. Prof. Dr. Faruk EREM Hocamızla yazdığı, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler” eseri yanında “Ceza Hukuku Genel Kısım” ve “Ceza Hukuku Özel Kısım” ve “Ceza Muhakemesi Hukuku” isimli ders kitapları baskı anlamında kırılması zor rekorlar kırmıştır. Belirtelim ki, Prof. Dr. Nevzat TOROSLU Hocamın bu eserleri, sadece Hukuk Fakültelerinde değil, aynı zamanda diğer birçok fakültede okutulan eserler arasında yer aldığı gibi, başta hakimlik, savcılık sınavları olmak üzere, sınavlarda başvuru ve yararlanılan temel eserlerden biri olmuştur.

Hoca ve Usta yönüyle Nevzat TOROSLU Hocamın öğrencisi, asistanı ve meslektaşı olabilme şerefine nail olan ender insanlardan biriyim. Gerçekten doktora tez danışmanım olmuş, yardımcı doçentlik, doçentlik ve profesörlük aşamalarımda jüri üyesi olarak hep yanımda olmuştur. Bu durum

yaşamım boyunca unutamayacağım bir onur olarak kalacaktır. Ceza Hukuku alanında çalışmamda öğrencilik yıllarında sevgili Hocamın etkileri olduğunu itiraf etmek isterim. Toroslu Hocamın hoca kimliği ve ders anlatım tarzı ve öğrencilere bakış açısı model alınacak niteliktedir. İş disiplini, Fakültesine olan bağlılığı, aidiyet duygusu, öğrencilerine ve meslektaşlarına insafli ve vicdanlı yaklaşımı bizlere örnek olmuştur. Hocam, akademik yaşamının büyük bir bölümünü Hukuk Fakültemizde sürdürmüş, emekli olduktan sonra bir süre Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde çalışmış ve halen Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesi olarak çalışmaya devam etmektedir. Ayrıca bu süreçte Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ve KKTC Yakınoğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ders vermiş ve binlerce hukukçunun yetişmesinde katkısı olmuştur.

Nevzat TOROSLU Hocamın insani yönü bilimsel kimliğini ve Hoca vasfını tamamlar niteliktedir. Sayın TOROSLU'nun bu özelliğini ve niteliğini, bunlara anılarında yer veren Hocalarım ve meslektaşlarım en iyi şekilde ortaya koymuş bulunmaktadır. Mütevazı kişiliğı, insancıl yanı ve paylaşımcılığı beni derinden etkilemiştir. Ayrıca sevgili Hocam, birçok kişinin kamuoyu önünde olma ve günlük olaylara göre tavır alma şeklindeki tercihi yerine bilim insanı olarak kalmayı ve eserleri ile anılmayı ilke edinmiştir. Günümüzde bu nitelikleri taşıyan hukukçunun ve bilim insanının azlığı karşısında Hocam bu yönüyle de bizlere örnek oluşturmaktadır.

Sevgili Hocamızın öğrencisi olduktan sonra asistanları olarak akademik hayata başlama ve kendisi ile birlikte çalışma onur ve ayrıcalığına sahip olmanın ulaşılmaması zor bir şans olduğunu belirtmek isterim. Örnek bir bilim insanı olan Hocam bizlere hep ilham kaynağı olacaktır. Saygıdeğer Hocam, her koşulda bilimsel aşamamızın her aşamasında sorunlarımıza engin deneyimi ile hep katkı sunmuştur. Bu desteğı için tüm meslektaşlarım adına tüm kalbi duygularıyla şükranlarını sunuyorum.

Bilim gelenekleri sürdürmek ve bu gelenekleri yeni genç meslektaşlarımıza aktarmaktır. Bize düşen görev, Prof. Dr. Nevzat Hocamın biz asistanlarına ve çıraklarına kazandırdığı dürüst, ilkeli yaşamak, zamana göre değil kendi inandığı değerlere göre yaşamak, erdemli olmak, disiplinli çalışmak ve bir bilim insanında var olması gereken değerleri yeni kuşaklara benimsetmek ve öğretmektir.

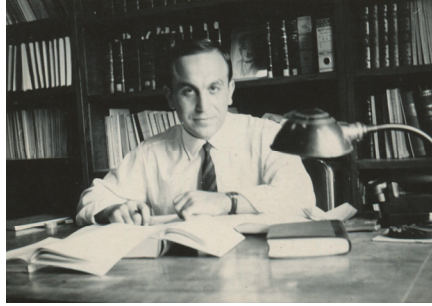
Bu armağanın Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi yayını olarak çıkmasını sağlayan ve Anabilim Dalımız ile bu alanda işbirliği yapan Hukuk Fakóltesi Dekanı sayın Prof. Dr. Arzu OĞUZ'a, armağanın Ankara Üniversitesi Basımevinde basılması konusunda desteğini esirgemeyen Ankara Üniversitesi Rektörü sayın Prof. Dr. Erkan İBİŐ Hocama ve bilimsel makaleleriyle bu armağanın çıkarılmasına katkıda bulunan meslektaŐlarımın en içten teŐekkürlerimi sunuyorum.

Değerli Hocama ailesi ile birlikte sağlık, huzur ve esenlik dolu bir ömür diliyorum.

Saygılarımla  
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku  
Anabilim Dalı Başkanı



## PROF. DR. NEVZAT TOROSLU'NUN ÖZGEÇMİŞİ



Prof. Dr. Nevzat Toroslu 12 Temmuz 1937 tarihinde Rize'nin Hemşin ilçesinde dünyaya gelmiştir. İlk ve orta öğrenimini İstanbul'da tamamladıktan sonra Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde hukuk öğrenimine başlamış, 1960 yılında da mezun olmuştur. 1961 yılında Fakülte'nin Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak akademik yaşamına başlayan Toroslu, 1969 yılından 2004 yılına kadar burada Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kriminoloji dersleri vermiş; bir dönem Anabilim Dalı başkanlığı da yapmıştır. Nevzat Toroslu, "Ceza Hukukunda Zaruret Hali" isimli çalışmasıyla 1964 yılında doktor; "Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu" isimli çalışmasıyla 1969 yılında doçent ünvanını almıştır. 1988 yılında ise Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku profesörü olarak atanmıştır. İtalyanca ve Fransızca bilen Toroslu, Türk ve İtalyan Hükümetleri ile Avrupa Konseyi tarafından verilen burslarla farklı tarihlerde İtalya ve Fransa'da uzun süreli akademik çalışmalar yapmıştır. Elli yıldır eğitim alanında çalışan Nevzat Toroslu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yanı sıra, Polis Akademisi, Hacettepe Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, T.C. Ziraat Bankası Bankacılık Okulu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kıbrıs Yakın Doğu Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde dönem dönem Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku dersleri vermiş, ayrıca uzun yıllar AÖD Tevfik Fikret Eğitim Vakfı'nın da yöneticiliğini yapmıştır. Profesör Toroslu 2007 yılından bu yana Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı'nda görev yapmaktadır.



## **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'nun Yayınları**

### **Kitaplar**

Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.

Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

Ceza Hukuku ve Çevre, Çevre Sorunları Vakfı Yayını, Ankara 1982.

Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Ankara 1987.

Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler (Prof. Dr. Faruk Erem ile birlikte), 9. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2003.

Ceza Hukuku, Genel Kısım, 20. Baskı, Ankara 2014.

Ceza Mahkemesi Hukuku, (Prof. Dr. Metin Feyzioğlu ile birlikte), 13. Baskı, Ankara 2014.

Ceza Hukuku, Özel Kısım, 7. Baskı, Ankara 2013.

### **Makaleler**

Ceza Kanununun Özel Kısımında Yapılacak Reforma İlişkin Düşünceler, 1.Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, Ankara 1971.

Kadın Kaçırma, Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler, Türkiye Kalkınma Vakfı Yayını, Ankara 1974.

Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar İle Kabahatler Konusundaki Bazı Eğilimler, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK.nun 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Yayını, İstanbul 1977.

Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 35, s. 1-4, Ankara 1981.

Doğal Çevrenin Kirlenmesi ve Ceza Hukuku, Prof. Akif Erginay'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1981.

İftira Cürmünün Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. c. 37, s. 1-4, Ankara 1982.

Ailenin Korunması Yönünden Ceza Kanununda Yapılması Gereken Değişiklikler, Türkiye’de Ailenin Değişimi, Türk Sosyal Bilimler Derneği Yayını, Ankara 1984.

Recommendations for the Revision of the Turkish Criminal Code Provisions Related to the Protection of the Family, Family in Turkish Society, Ankara 1985.

Anayasayı İhlal Suçu, Ankara Barosu Dergisi, s. 1985/4, Ankara 1985.

Ceza Hukuku Açısından Çevre Kanunu, Çevre Kanununun Uygulanması, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını, Ankara 1987.

Ceza Kanunu Öntasarısı Nasıl Bir Ceza Hukuku Anlayışının Ürünüdür, Türk Ceza Yasası Öntasarısı Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1987.

Ölüm Cezası İle İlgili Bazı Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.1989/6, Ankara 1989.

Cezai Sorumluluğun Gelişimi, Yargıtay Dergisi, c.16, s. 1-2, Ankara 1990.

Ceza Hukuku Açısından Terörle Mücadele Yasası, Terörle Mücadele Yasası ve İnsan Hakları, İnsan Hakları Derneği Yayını, Ankara 1991.

Ertelenmiş Mahkumiyetin Memuriyete Etkisi, Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan, Konya 1991.

Ölüm Cezası, İzmir Barosu Dergisi, s. 1991/1, İzmir 1991.

Ceza Kanununda Kadın, Cumhuriyet Gazetesi, 23 Haziran 1992.

Ceza Muhakemesinde Yapılan Son Değişiklikler, İnsan Hakları Yıllığı, c. 14, Ankara1992.

Ceza Muhakemesinde Değişiklik Yapan 3842 Sayılı Kanunun Yasama Tekniği Yönünden Değerlendirilmesi, İşkencenin Önlenmesi ve CMUK Değişiklikleri, Çağdaş Hukukçular Derneği Ankara Şubesi Yayını, Ankara.

Yüz Kızartıcı Suçlar, Denetim, s. 73, Ankara 1992.

KİT Personelinin Cezai Sorumluluğu Konusunda Yeni Düzenlemeler, Denetim, s. 74, Ankara 1992.

Rüşvetin Nedenleri Üzerine Düşünceler, Denetim, s. 75, Ankara 1992.

Hekimin Kendisine Başvuran Silahlı Çete veya Terör Örgütü Mensubuna Tıbbi Yardımda Bulunmasının Çeteye veya Suçluya Yardım Suçunu Oluşturup Oluşturmayacağı, Çağdaş Hukuk, y. 2, s. 19-22, Kasım 1993 – Şubat 1994.

Kooperatif Personelinin Cezai Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 1994/4, Ankara 1994.

Laik Devlet Kavramı, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, c. 49, s. 3, Ankara 1994.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Ceza Hükümleri, Türkiye’de Tüketicinin Korunması, Sorunlar – Perspektifler, Tes-Ar Yayınları No.18, Ankara 1996.

Devlet Sırrı ve Örtülü Ödenek, Cumhuriyet Gazetesi, 11 Temmuz 1996.

Ceza Yargılamalarının Çabuklaştırılması Sorunu, Yeni Türkiye, y. 2, s. 10, Temmuz- Ağustos 1996.

Ceza Hukukunda Okullar, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998.

Basın Özgürlüğü ve Sınırları, Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar, Tüses Vakfı Yayını, İstanbul 1999.

Ceza Hukuku – Politika – Ahlak, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004.

Kanunlaşmaması Gereken Bir Kanun Tasarısı (Prof. Dr. Yüksel Ersoy ile birlikte) Türk Ceza Kanunu Reformu. İkinci Kitap. Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004.

Kadı Adaletine Doğru, Güncel Hukuk, Nisan 2005.

Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları, Uğur Alacakaptan’a Armağan, c.1, İstanbul 2008.

Ceza Hukuku Sistemleri, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009.



# **ANI YAZILARI**



## **TÜRK TABİBLERİ BİRLİĞİ ETİK KURULU DENEYİMİ VE NEVZAT TOROSLU HOCA**

*Dr. Berna ARDA  
Ankara Üniversitesi  
Tıp Fakültesi  
Tıp Tarihi ve Etik AD Profesörü*

Nevzat Toroslu'yu sanırım 1990'lı yılların ortalarında tanıdım. Onun adını ilk kez bölümden Hocam Yaman Örs'ten duymuşumdur. 1994 yılında Türk Tabipler Birliği çatısı altında bir etik kurul oluşturma fikriyle birlikte Nevzat Hoca ile de tanışmış olduk, orada birlikte yürüttüğümüz çalışmalar oldu. Bu yazıda ağırlıklı olarak bu nokta üzerinde duracağım.

Ayrıca dile getirmek istediğim bir nokta Ankara Tıp'ta 1988'den beri yürüttüğümüz tıp etiği ve tıp tarihi doktora programında üstlendiğim derslerden birisi olan "tıbbi deontoloji ve sağlık mevzuatı" dersine yaptığı katkılardır. Dersi yürüttüğümüz yarıyılın sonunda bir hukukçu konuğu davet eder ve öğrencilerin yönelteceği soruları onunla tartışacağı bir platform hazırlamaya gayret ederim. Bu son oturumların hukukçu konuklarından birisi uzun süre Toroslu Hoca olmuştur. Öğrencilere onun geleceğini söyleyince, adını araştırıp "hocam, gerçekten mi gelecek? Anladığımıza göre ceza hukuku alanında çok önemli birisiymiş" derlerdi. Ders saatinde Nevzat Hoca çıkarılır, büyük siyah evrak çantasından anayasa ile ceza yasasını çıkarır, masa çevresindeki öğrencilerle birlikte tadı damakta kalan zevkli bir tartışma yürütürdü. Epeyce yıl devam ettikten sonra, daha genç hukukçu akademisyenlere devrettiği bu anlamlı katkılarından dolayı, kendi adıma ve öğrencilerim adına gerçekten müteşekkirim.

Önce TTB içerisinde etik çalışma grubu olarak başlayan yapı, 1994 Şubat ayında süreklilik taşıyan disiplinlerarası bir etik kurula dönüşmüştü (TTBEK). Dr. Selim Ölçer'in Merkez Konseyi Başkanlığı döneminde oluşturulan Kurul, ayda iki kez olacak şekilde toplanarak, öncelikle kendisine bir yönerge oluşturmuş ve çalışmaya başlamıştı. Adı geçen ilk dönem olan 1994-1996 yıllarında kurul; Yaman Örs (Başkan), Nevzat Toroslu, Belma Akşit, Çağrı Kalaça, Işık Bökesoy, İsmail Demirdöven,

Ümit Naci Gündoğdu, Haldun Soygür, Hilmi Uysal, Nurgün Platin, Şükrü Hatun, Füsun Sayek ve Berna Arda(Sekreter)' dan oluşmuştur.

Kendi iç yönergesine göre; kurulun başlıca amaçları;

Tıp etiğini tıp çevresine tanıtmak için; seminerler, konferanslar düzenlemek; tıp etiği ile felsefe, hukuk gibi alanlararası ilişkileri belirginleştirmek; tıp etiği ile ilgili görüş ve düşüncelerin bilgilisel temele oturmasını sağlamak amacıyla araştırmalar tasarlamak ve yürütmek;

Etik eğitimi konusunda; tıp etiğinin tıp fakültelerinde daha etkin işlenmesi için girişimlerde bulunmak, tıp etiği programlarının gözden geçirilmesi için ilgili kuruluşlarla işbirliği ortamı yaratmak, fakülteler, TTB ve ilgili kuruluşlarla birlikte, tıp etiği konularında sürekli eğitim/ mesleki gelişim programlarının hazırlanması ve yürütülmesi için ortam hazırlamak ve TTB' ye yardımcı olmak için; etik konularda görüş oluşturmak, rapor hazırlamak

yol gösterici ve aydınlatıcı görüşlerini, araştırma sonuçlarını Türkçe ve gerekirse yabancı dilde yayınlamak, etik konularda eğitim ve tabip odalarınca oluşturulacak yerel etik organlar için danışmanlık ve destek vermek, toplumun genel ya da güncel etik konularda aydınlatılması ve duyarlılık düzeyinin artırılması için çaba harcamak olarak belirlenmişti.

Etik Kurul, başta tıp etiği olmak üzere tıbbın temel ve klinik çeşitli dalları ile Hemşirelik, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk gibi alanlardan gelen sağlık ve etik konuları üzerinde çalışan ve TTBMK' nce belirlenen 13'ü aşmayacak sayıda üyeden oluşacaktı. Üyelerin görev süresi iki yıl olmakla birlikte; sürekliliğin sağlanması ve deneyimlerin aktarılması için üyelerin en az üçte birinin bir sonraki dönemde de Etik Kurul üyeliğini sürdürmesi öngörülmüştü. Kurul üyelerinden en az birisi TTBMK üyeleri arasından seçilmeliydi. İşleyiş açısından Kurul' un oy çokluğu ile karar vermesi, ayda en az bir kez toplanması öngörülmüştü. Bu bağlamda 1996-2006 döneminde Merkez Konseyi Başkanlığını yürüten, etik kurumumuzun ilk dönem üyesi Dr. Füsun Sayek' in son derece yüreklendirici ve destekleyici olduğunu, özellikle belirtmek isterim.

1996- 98 döneminde kurul; Berna Arda(Başkan), Belma Akşit, Tuğrul Atasoy, Işık Bökesoy, Filiz Çay Şenler, Haluk C Çalışır, İsmail Demirdöven, İlgi Ertem, Nurgün Platin, Füsun Sayek, Nevzat Toroslu, Hilmi Uysal olarak belirlenmişti.





1996-98 çalışma dönemi için mevcut 1960 tarihli Deontoloji Nizamnamesi' ni güncellemeyi hedeflemiştik. Kurula üzerinde çalışabileceği, tartışabileceği bir taslak getirmek üzere, bir alt komisyon oluşturmaya ve bu alt komisyonun da Nevzat Hoca ile Berna Arda' dan oluşmasına karar verildi.

Kendi işlerimizden zaman ayırarak birkaç ay boyunca birlikte çalıştık, çoğu kez Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi' nde birkaç kez de TTB' de olmak üzere. Nevzat Hoca' nın pratik bir önerisi vardı; hazırlayacağımız taslak düz bir metin değil, kolayca tüzük halini alabilecek bir formatta olmalıydı. Dolayısıyla amaç ve tanımlardan başlayarak, hangi alt bölümlerin olması gerektiğini de aramızda tartışıp belirleyerek yola koyulduk. Her bir madde için de madde başlıkları belirledik. Zaman zaman çok bunaldık, bir keresinde Toroslu Hoca' nın tansiyonunun yükseldiğini ve çalışmayı orada kestiğimizi hatırlıyorum. Böylece, aylar sonra, taslak Nizamname 1960 tarihli halinden çok daha farklı, ihtiyaçları gözeten ve bunlara cevap vermeye gayret gösteren bir yapıya kavuşmuş oldu. “İnsan hakları ve hekimlik”, “araştırma ve yayın etiği”, “hastaların aydınlatılması...” gibi hekimliğin günlük uygulamasında çok gerekli olan konular böylece taslakta önemli birer bölümle temsil edilmiş oldular.

Etik Kurul daha sonra Nevzat Hoca' yla birlikte uzun mesai vererek oluşturduğumuz bu taslak tüzük metni üzerinde çalıştı. Bu toplantılardan birisinde metnin başındaki “dibace”nin ne olması gerektiği üzerinde durup tartışmıştık. Türkiye' nin yakın siyasal tarihine de göndermeler yapılan, zaman zaman kahkahalarla bölünen bu tartışmalardan sonra nihayet dibace de tamamlandı ve metnimizi 1998 Haziran başında yıllık çalışma raporumuzla birlikte Merkez Konseyi' ne teslim ettik.

Böylece tüzük formatındaki bu yeni taslak 1998 yılındaki 47. TTB Büyük Kongresi'nde Türkiye'deki bütün tabip odalarından gelen delegeler tarafından tartışılarak "Tıp Meslek Etiği İlkeleri" adıyla kabul edildi; 1 Şubat 1999'da yayınlandı. Sağlık Bakanlığı'na da iletildi. Ancak, TTB bu ilkeleri kendi iç işleyişinde bir referans olarak kullansa da, bu çalışma ne yazık ki hiçbir zaman Sağlık Bakanlığı tarafından benimsenmedi; deontoloji tüzüğüne yerini alması için de hiçbir zaman kabinenin imzasına açılmadı. Böylece, bu satırların yazıldığı 2013 Eylülünde de, halen 1950'lerin hekimlik anlayışını yansıtan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'ni kullanmaya devam ediyoruz.



TTB çatısı altında Etik Kurul'un oluşturulmasıyla; organ aktarımlarından beyin ölümüne, elektroşok tedavisinden ambulans hekiminin sorumluluklarına, medya ve sağlık ilişkisinden hasta haklarına ulaşan, geniş bir açılımla, tıp etiğine ilişkin konular ele alınmıştır.

Ele alınan bu konular ya TTB Etik Kurulu'na Merkez Konseyi'nce iletilen ya da doğrudan Etik Kurul tarafından belirlenen başlıklar arasından seçilmiştir. 1996- 2001 yılına kadar olan çalışma döneminde oluşturulan görüşler;

“Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı” Hakkında Görüş

“Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği” Hakkında Görüş,

Kızlık Zarı (“Himen”) İncelemeleriyle İlgili Görüş,

Doğacak Bebeğin Cinsiyetinin Seçilmesi Konusundaki Tutum Hakkında Görüş,

Kornea Aktarımıyla İlgili Görüş,

Avrupa Konseyi'nin Biyoetik Sözleşme Taslağı Hakkında Görüş,

Zihinsel Engelli Kadınların Gebeliklerine İlişkin Etik Sorunlar Konusunda Görüş

Klinik Araştırmalarda Hasta Hakları Üzerine Görüş

Psikiyatride Elektrokonvülsif (Elektroşok) Tedavi Uygulamaları Hakkında Görüş

Cinsel Farklılaşma Sorunlarının Etik Açısından Değerlendirilmesi

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi Hakkında Görüş

Hekim-AIDS İlişkisi Konusundaki Görüş

Sağlığa Yönelik Televizyon Programları ve Hekim-Hasta İlişkileri Hakkında Görüş

Medya ve Sağlık Ortamı Hakkında Görüş

Özel Sigorta Şirketlerinin Hasta Kayıtlarına Ulaşma İstekleri Hakkında Görüş

Acil Olaylarda Sağlık Hizmeti Veren Ambulans Hekimleriyle İlgili Görüş

Hasta Hakları Yönetmeliği Taslağı Hakkında Görüş

Konsültasyon Hakkında Görüş

Timus Fragmanları Toplanması Hakkında Görüş

Hekimlerin ve Tanı-Tedavi Kurumlarının Tıbbi Belgelerde Dinsel Nitelikte İbareler Kullanması Hakkında TTB Etik Kurulu'nun Görüşü

TTB Etik Kurulu'nun Psikiyatrik Sorunu Olan Askerlik Yükümlüleriyle İlgili Protokole İlişkin Görüşü

TTB Etik Kurulu'nun “Tıbbi Yanlış Uygulama (Malpraktis) Kanunu Tasarı Taslağı ve Gerekçeleri “Metnine İlişkin Görüşleri

TTB Etik Kurulu'nun Hekimin Hastalığı Durumunda Mesleğini Uygulamasına İlişkin Görüşü

TTB Etik Kurulu'nun Tutuklu Bireyin Muayenesine İlişkin Görüş  
Ölüm Orucu ve Hekimlik Hakkında Görüş olarak sıralanabilir.

2001 yılı başında TTBEK dağıldı.

Yıllar sonra bir gün Füsun Abla (Sayek) beni aradı. Çok hastaydı bir süredir. Yoğun bir tedavi alıyordu. TTB' nin Etik Kurul ihtiyacından söz etti ve benden etik kurulu oluşturmamı rica etti. Böylece, 2006 yılı Haziran' ında Füsun Abla' nın isteğiyle yeniden etik kurulu topladım. İlk aradığım kişilerden birisi Nevzat Hoca' ydı elbet. *"Yeniden çeteyi topluyorsun bakıyorum"* diye bana takılsa da, sağolsun beni kırmadı, 15 Haziran 2006' dan başlayarak yaklaşık bir yıl boyunca yine TTB' de kurul çalışmalarına katıldı, katkıda bulundu.

Bulduğum bu son dönemde etik kurul Berna Arda(Başkan), Nihat Bulut, Murat Civaner(sekreter), Filiz Çay Şenler, İsmail Demirdöven, Hayriye Erbaş, Nurgün Platin, İskender Sayek, Nevzat Toroslu, Alev Türker ve Müge Yetener' den oluşmuştu.

Bu bir yıllık kısa dönemde etik kurul aşağıdaki konularda çalışıp ilgili görüşleri oluşturdu; "Kesinleşmiş Yüksek Onur Kurulu(YOK) Kararlarının yayınlanması hakkında görüş", "Kök hücre uygulamaları hakkında görüş", "DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA veri bankası kanunu tasarısı hakkında görüş" ve "Serebral palsili çocukların büyümelerinin durdurulmasına ilişkin görüş".



Kesinleşmiş YOK kararlarının yayını konusunu ilk kez tartışmaya başladığımızda Nevzat Hoca ile aynı fikirde olduğumuzu memnuniyetle görmüştüm. YOK hekimlik için bir tür Yargıtay olarak çalışan bir yapıdır. Türkiye’deki herhangi bir tabip odasının meslekten geçici süre men cezası önerdiği dosyalar doğrudan, öteki tür soruşturma dosyaları da itiraz üzerine YOK’a gelip görüşülmektedir. Bu oldukça uzun ve zahmetli sürecin sonunda bir kez disiplin cezası almış bir hekimin internetten hemen ulaşılacak biçimde bu cezasının yayınlanmasını “ilelebet cezalandırma” gibi düşünüp karşı çıkmıştık. Dolayısıyla bir üyemizin karşı yöndeki görüşüyle birlikte, TTB EK’ nin nihai kararının sonuç paragrafı şu şekilde yazılmıştı:

*“Geçici olarak meslekten men/oda bölgesinde çalışmanın yasaklanmasına ilişkin kesinleşmiş cezaların, gerekçeleri ve veriliş tarihleriyle birlikte ve düzenli olarak TTB’ nin yayın organlarında yayımlanması uygun olur. Ancak yanısıra, yayımlanan cezaların belirli bir süre sonra yayından kaldırılmasının gerekli olduğunu, aksi takdirde amacını aşan bir cezalandırma yaklaşımıyla ve insan haklarını zedeleyebilecek bir teşhir uygulamasına dönüşebilme tehlikesi barındırdığına da dikkat çekmek isteriz. 16. 11. 2006”*

### **Sonuç olarak;**

TTB EK hem üye profili, hem de çalışma biçimi ve ürünleri açısından öteki etik kurullardan; örneğin İlaç Araştırmaları Etik Kurulları’ndan ya da Hastane Etik Kurulları’ndan oldukça farklı bir yapıda çalışmıştır. Bu farklılık, temelde, sözü edilen kurulların amaç ve işlev farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Aynı zamanda TTB Etik Kurulu’nun meslek örgütü içinde Yüksek Onur Kurulu gibi bir başka oluşumun rolüne soyunmadığının da altı özenle çizilmelidir.

Hekimlik dışındaki alanları da kapsayan ve onların “multidisipliner” yapıda bir etik kurulun hayata geçmesinde ve hekimlik uygulamalarına ışık tutacak birbirinden önemli görüşler oluşturarak varlığını sürdürmesine yönelik katkılarından dolayı adlarını anmamız gerekenler arasında Nevzat Toroslu da bulunmaktadır. Özellikle “Hekimlik Meslek Etiği İlkeleri”nin oluşturulmasında, Nevzat Hoca’ nın da ciddi emeğinin ve şekillendirici çabasının bulunduğu unutulmasın isterim.

**Başlıca kaynaklar:**

Hekimlik meslek etiği ilkeleri:  
[http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&task=view&id=65&Itemid=31](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31) (erişim tarihi 5.9.2013)

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi;

[http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&task=view&id=52&Itemid=31](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=52&Itemid=31) (erişim tarihi 5.9.2013)

Arda B: The activities of the Ethics Committee of the Turkish Medical Association. International Journal of Bioethics 7(3): 235, Sep. 1996.

Arda B, Akşit B, Çalışır HC, Platin N, Çay Şenler F; Atasoy T, Bökesoy I, Demirdöven İ, Toroslu N, Sayek F, Sayek İ: Etik Kurullar ne Kadar Yeterli? Tıp Etiği Araştırmaları (Ed. Berna Arda) Biyoetik Derneği Yayını No:5, s. 1-12, Öncü Matbaası, Ankara, 1999.

Arda B: On the last works of Ethics Committee of Turkish Medical Association. Ethically Speaking (The European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission) EC 2: 29- 30, December 2003.

Arda B; Akşit B, Çalışır HC, et al: How sufficient are the ethics committees? Results of a pilot study in Turkey, International Journal of Bioethics, 15(4): 61 – 72, 2004.

## TEFERRUAT İÇİNDE ERİMEYELİM ARKADAŞLAR

*Ahmet ÇETİN*  
*Kartal Cumhuriyet Savcısı*

Hocadan 1984 ve 1985 yıllarında Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler derslerini aldım. 25 yıllık bir uygulamacı olarak yetişmemde eşsiz katkıları vardır. Kişisel olarak yakın tanışmasam da şu anekdotu meslek düsturum olmuştur.

“Yarın sizin avukat, hakim, savcı olarak yaptığımız hatalar nedeniyle, mağdur olanlar ya da onların yakınları , bana gelip ne biçim adam yetiştirdin ,bu hatayı nasıl yapar?, Şeklinde sormayacaklardır ama ben bu vicdani sorumluluğu hep yaşayacağım arkadaşlar”

Hocamızın bir cümlelik sınav soruları, hesapsız ve tepeden üniversiteye öğrenci alan sisteme bir tepkiydi sanıyorum. Ama teferruat içinde erimeyin işin özünü anlayın derken sınavlardaki bir cümlelik soruları hiç unutulmadı. O zamanlar dört vize sınavı olurdu. Dördüncü vizede sorduğu, Prof. Dr. Faruk Erem ile ortak yazdığı, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler kitabından giriş bölümünde bulunan “Ceza hukuku özel bölümüne neden ihtiyaç vardır? “sorusu teferruata ilişkin unutulmaz bir soruydu.

Hocanın insani yönü ile ilgili ise; hiç unutamadığım bir anı da;1984 yılında bir derse girdiği zaman “Bu kadar yoldan geldiniz, ama ders yapamayacağım, 25 yıllık arkadaşımı kaybettim” diyerek dersten ayrılması oldu. Sonradan araştırdığımızda, Doç. Dr. Selahattin Keyman'ın Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine atanması nedeniyle bu sözleri söylediğini öğrenince şaşırın pek çok arkadaşımız olduğunu gördük.

1984 yılında kalp krizi geçirdiği için uzun süre derse girememişti. Fakülteye dönünce üç saatlik derste Ceza Hukukunun en çetrefil konularından olan tekerrür, af ve memnu hakların iadesi gibi konuları bu kadar kısa sürede, bu kadar muhteşem ve öğretici anlatmasını ise hiç unutamam.

Yargının maalesef çok tartışıldığı bir ortamda, hocamızın vicdani sorumluluk duymaması için çalışan öğrencileri vardır ve onlar teferruat içinde erime pahasına çalışmaya devam etmektedirler.





## Ömür Boyu Dostluk

*Yüksel ERSOY*

Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan olarak çıkarılacak kitaba kendisi hakkında yazı yazmam istenince, yıllardır süren yakınlığımız ve dostluğumuz dolayısıyla bunun kolay olacağını düşünmüştüm. Ancak iş yazmaya gelince durumun hiç de öyle olmadığını hemen fark ettim. Yazmak mesleğimizin parçası olsa da zaten zahmetli ve zor bir çaba. Bir bilim adamı olan yakın dost ve arkadaş hakkında yazmak daha da zor. Ayrıca, Nevzat Toroslu kendisi hakkında yorum yapılmasından ve özellikle değerli yönlerinden söz edilmesinden hiç hazzetmez.

Ankara Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra Adalet Bakanlığının burslusu olarak gittiğim İtalya'nın Roma şehrinde doktora çalışmalarımın sürdüğü 4 yıl içerisinde, kısmen de olsa aynı döneme rastlayan Nevzat Hoca'nın İtalya'da aynı alandaki çalışmaları sırasında kendisiyle karşılaşmamış olmayı her zaman bir şanssızlık olarak gördüm.

Aynı şekilde, doktora sonrası, Adalet Bakanlığından Üniversiteye geçmek isterken, kadrosuzluk nedeniyle, Ankara Hukuk Fakültesinde asistan olarak çalışan Nevzat Toroslu ve Selahattin Keyman'la birlikte çalışmamamın da hem meslekî hem kişisel bakımdan bir şanssızlık olduğunu düşündüm hep.

Ancak, Siyasal Bilgiler Fakültesinde asistan olarak göreve başladıktan sonra Nevzat Toroslu ve Selahattin Keyman'la tanışmam ve halen de sürmekte olan dostluklarını kazanmam benim için onur ve gurur kaynağı olmuş ve hayatımın daha dolu, daha kaliteli ve cazip hale gelmesinde önemli bir rol oynamıştır.

Hayatım boyunca edinebildiğim sınırlı sayıda dostlar arasında Nevzat Toroslu ve Selahattin Keyman'ın özel yerleri vardır. Üniversitede görev yaptığımız yıllarda, ülkemizdeki olumsuzluklara, üniversitelerde ve genellikle öğretim alanlarında yaşanan sorunlara çare bulamasak da, kendi alanlarımızda öğrencilerimize karşı görevlerimizi elimizden geldiğince yerine getirmek için çaba gösterdik.

Nevzat Hoca'nın hoşlanmaması ihtimalini de bilerek ve bunu göze alarak, genellikle kişiliği ve bilimsel kişiliği konularında da görüşlerimi dile getirmek zorunda hissediyorum kendimi. Başkalarınca katılık sayılacak derecede sağlam ve dürüst bir kişiliğe sahiptir Nevzat Hoca. Pek çok çalkantının, önemli siyasal değişikliklerin olduğu ve bunların üniversiteleri de onulmaz şekilde yaraladığı uzun yıllar boyunca, kendisini ulaştırdığı sağlam ve derin kültür düzeyinde, müstesna kişiliğiyle Nevzat Hoca hep doğru bildiği yolda, kendi inanç ve kanaatleri doğrultusunda hareket etmiş ve en ufak bir taviz vermeyi aklından dahi geçirmemiştir. Bu tutarlı davranış tarzı kapsamında, içinde bulunduğu ortamda en ufak bir tutarsızlık gösterenlere karşı kırıncı olmaktan da çekinmemiş; doğru bildiğini sonuna kadar savunmuştur.

Bu değerlendirmelerin yanlış anlamaya yol açmaması için bir ekleme yapmamda yarar var. Nevzat Hoca tavizsiz dürüstlük ve doğruluk içeren kişiliğiyle yeri geldiğinde katı ve kırıncı olabilmesine karşın, son derecede hassas, duygusal, ve kırılabilir yapıda bir kişidir. İster insanlarla ister hayvanlarla ilgili olsun haksız, adaletsiz veya zalim davranışlar karşısında gözlerinin dolduğuna ve isyan ettiğine çok zaman yakından tanık oldum.

Kişinin hayatının en önemli iki unsurunun ailesi ile işi olduğu, bunların aynı madalyonun iki yüzünü oluşturduğu ve birbirini tamamladığı düşünülürse, Nevzat Hoca'nın aile hayatında eşi, çocukları ve şimdi iki torunuyla eriştiği mutluluk düzeyinin işindeki başarısını tamamladığını ve hayatını imrenilecek bir konuma getirdiğini söyleyebilirim.

Çok çalışkan ve başarılı olduğu, akademik kariyerinde ulaşmış olduğu erişilmez düzeyden ve eserlerinden bellidir. Nevzat Hoca'nın alanında bir otorite olduğu tartışılmaz bir gerçektir. Cumhuriyetten sonra, laikliğin önemli bir parçasını oluşturan hukuk reformu kapsamında, o zaman yürürlükte olan İtalyan Ceza Kanunundan çevrilerek alınan 1 Mart 1926 tarih ve 765 sayılı eski Türk Ceza Kanununun felsefi ve bilimsel temelini, klasik ve pozitivist okulların etkilerini, gerekçelerini en iyi değerlendiren ve yazdığı kitaplarda ülkemizde ceza hukukunun sağlam bir temel üzerine oturmasını sağlamaya çalışanların başında gelmektedir. Kitaplarında, yeni Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarını dahi, kavram kargaşasını olabildiğince gidermeye çalışarak bir temele oturtmayı ve hukuk öğrencilerine anlaşılır kılmayı bilmiş olması da bu niteliğinin sonucudur.

Yeni Ceza Kanunu tasarısının yayınlandığı sırada, Nevzat Hoca'yla birlikte yaptığımız değerlendirme sonucu metnin, bir "kod" için yeterli sistematığe sahip olmadığını ve ilke ve kavramlarda kargaşaya yol açabileceğini görerek Türkiye Barolar Birliği Dergisinde "Kanunlaşmaması

Gereken Bir Tasarı” başlıklı bir ortak makale yayınladık. Kanunlaşan metinde, yürürlüğe dahi girmeden, değişiklikler yapılması görüşümüzün doğru olduğunu ortaya koyuyordu. Yürürlükten sonra da, metnin genel ve özel kısmındaki tutarsızlıklar sakıncalı sonuçlara yol açtığı için, sürekli olarak üzerinde değişiklikler yapılması bu durumun kaçınılmaz sonucu olmuştur.

Nevzat Hoca, sadece öğretim faaliyeti ile yetinmemiş; yaptığı müşavirlikler ve verdiği binlerce bilirkişi raporuyla, özellikle baskıcı kriz dönemlerinde, ülkemizde hala bir ütopya niteliğinde olan adil yargılama ilkesinin bir ölçüde de olsa gerçekleşmesine önemli katkılarda bulunmuştur.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde okuduğum yıllarda, öğrenciler olarak, hocalarımızın alanlarındaki bilgi düzeylerini, dersi anlatış tarzlarından, konuyu ele almakta ve bilgiyi sistematik ve anlaşılır şekilde anlatmaktaki becerilerinden hareketle gayet iyi ve isabetli şekilde değerlendirdiğimizi hatırlıyorum. Aynı Fakültede yetiştirdiği binlerce öğrencisi gibi, emekli olduktan sonra önce Atılım Üniversitesinde ve halen de Bilkent Üniversitesinde kendisinden ders alma şansını yakalayan öğrencilerin de Nevzat Hocadan genel olarak hukuk kültürü ve özellikle ceza hukuku kültürü edinme konusunda elde ettikleri fırsatın bilincinde olduklarından eminim.

Klasik dinî görüşlerin açıklamaları ötesinde, evren, dünya ve insan üçlemesi üzerinde kendisiyle uzun söyleşilerimiz oldu ve oluyor. Sanırım asıl inancın, şekillerin ve ritüellerin dışında, insanın, kendisini eğiterek içinde bulunduğu topluma, ailesine ve kendisine yararlı bir uğraş içinde olması, toplum düzeninin güce ve istismara değil akıl ve mantığa dayanması için elinden geldiğince katkıda bulunması, başkasına maddî veya manevî zarar vermeyen ilkeli ve dürüst bir hayat sürmesi olduğu noktasında Nevzat Hocayla aynı görüşleri paylaşmaktayız.

Yeni Türk Ceza Kanunu ile ceza hukuku sisteminde meydana gelen karmaşanın sonrasında, yeterli bilgi ve deneyime sahip olmayan kişilerin siyasal amaçlarla yaptıkları müdahalelerle ülkemizde tüm hukuk sisteminin, hukuk devleti idealinin ve adil yargılamanın büyük darbeler aldığı ortadadır.

Tüm bu olumsuzluklara karşın, sistemsiz ve kavram kargaşalı metinleri dahi tutarlı yorumlarla sistematik inceleme konusu yapabilen Nevzat Hoca'nın, daha nice yıllar sağlıklı bir yaşam sürdürerek öğretim ve yayın etkinliklerini devam ettirmesiyle ülkemizde oluşmasını beklediğimiz uygar, çağdaş ve tutarlı hukuk düzenine kavuşmamız konusunda katkıda bulunmasını diliyorum.



## NEVZAT HOCAMA

*Metin FEYZİOĞLU*

Hocam, size minnettarım. Yalnızca bana ceza ve ceza muhakemesi hukuku dersini verdiğiniz için değil. Bana kimseye minnettar kalmadan yürümem gerektiğini öğrettiğiniz için. Bütün hayatım boyunca bunun gereğini yapmaya ve size layık olmaya çalıştım. Hayatımda tanıdığım zihni en berrak bilim adamlarından olduğunuz için size minnettarım. Sizden, en çetrefil konuların nasıl unsurlarına ayrılıp, tasnif edilip çözülebileceğini öğrendim. Çalışma disiplininiz ve çalışma tarzınızla bizlere model oluşturarak öğrettikleriniz için minnettarım size.

Her sabah saat sekiz olmadan odanızdaydınız ve biz hep bilirdik ki Nevzat Hoca oradadır. Müthiş bir güven ve huzur verdiniz hepimize. Bu arada az da zorlamadınız bizi. Ancak, kolay yoldan değil, çalışarak başarmanın hazzını yaşamamızı sağladınız.

Sözün kısası hepimize kendi ayaklarımız üzerinde durmayı öğrettiniz. Sağ olun, var olun Nevzat Hocam. Sizin asistanınız olmak ve asistanınız kalmak benim için bir onurdur.



## HOCAM PROFESÖR DR. NEVZAT TOROSLU

*Tuğrul KATOĞLU\**

Büyük saygı duyduğunuz, aile büyüğünüz gibi sevdiğiniz bir kişi hakkında bir yazı kaleme almak çok güç. Ne kadar özense, biri biri ardına güzel cümleler sıralasa da duyumsadıklarını yeterince anlatamıyor insan. Duyulan saygı ve içten sevgiyi dile getirmekte yetersiz kalıyor.

Öğrencilerine ve biz genç meslektaşlarına daima bir baba şefkati ve sabırla yaklaşan Profesör Dr. Nevzat TOROSLU'nun yol göstericiliğinden sadece meslek yaşamımda değil, yaşamımın tamamında etkilendim. Erdemin ve sabrın küçümsenebildiği, çalışma azminin yerini kolaycılığa bıraktığı bu günlerde Onun değerlendirmelerine sığınıyorum. Bir soru ya da sorunla karşılaştığımda eğer Ona danışamaz isem, kendime “*O nasıl karar verirdi?*” diye soruyorum. Varlığından daima güç alıyor, mesai tanımayan bir çalışkanlığın ürünü olan ve hiçbir zaman kendine saklamadığı, öğrenci ve meslektaşlarından esirgemediği birikiminden besleniyorum. Onu örnek alıyorum. O da yorulmak bilmeden, sevgisini esirgmeden yaşamın her alanında hep destek oluyor. En güç anlarda daima elini uzatıyor.

Hocam Profesör Dr. Nevzat TOROSLU'nun lisans aşamasında öğrencisi olmadım. Ancak öğrenci arkadaşlarımdan Ona duydukları saygının yakın tanığıyım. Yüksek Lisans ve Doktora aşamalarında öğrencisi olma onurunu yaşadım. Her iki aşamada da tez babam oldu. Danışmanı olduğu yüzlerce yüksek lisans ve doktora öğrencisinin de yaşadığı gibi, tez çalışmalarımı büyük bir sabır, yardımseverlik, titizlik ve şefkat ile takip etti.

Bizlerin sunduğu metinleri, daima satır satır okudu, dantel gibi işledi. Her sabah erken saatlerden itibaren çalıştığı ve kapısı her zaman açık duran odasında, öğrencilerinin sorularını, sorunlarını hiçbir zaman hafife almadan, geçiştirmeden dinledi, çözdü.

---

\* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Hocam Profesör Dr. Nevzat TOROSLU sadece tez çalışmalarında değil, doçentlik için sunduğum kitabın ortaya çıkışında da sabırla yol gösterdi, düzeltme ve önerileriyle belirleyici oldu. Kaleme aldığım makaleleri, yayınlanmadan önce daima Hocama sundum ve değerlendirmelerini sabırsızlıkla bekledim. O da her zamanki sabrıyla, bir kuyumcu titizliğiyle metinleri gözden geçirdi, işledi, daima büyük değer kattı. Profesör Dr. Nevzat TOROSLU Hoca'nın tüm lisansüstü öğrencileri ile genç meslektaşlarının benzer deneyimleri paylaştığını biliyorum. Profesör Dr. Nevzat TOROSLU'nun öğrencisi olup da, Onu odasında bulamayan, ihtiyaç duyduğunda Ondan yardım alamayan, sorularına yanıt bulamayan yoktur. Genç meslektaşlarına kapısı daima açık oldu. Mesleğe başlayanlardan tek beklentisi, emek vererek, çalışarak, biriktirerek yani sadece hak ederek Onun meslektaşı düzeyine gelmeleri olmuştur.

Bu gibi yazılarda bazı anıların aktarılması adettendir. Yüksek lisans tezimi jüri önünde savunacaktım. Doktora programının başlangıç tarihi gibi çeşitli nedenlerle yaz tatiline rastlayan bir gün belirlendi. Hocam, sırf bu jüri toplantısı için, Ayvalık'tan Ankara'ya otobüsle, uzun bir gece yolculuğu yaparak geldi. Toplantının ardından aynı şekilde Ayvalığa dönen Hocam, bu durumu çok doğal görmüş, yorgunluğun adını bile anmamıştı. Mesleğine duyduğu saygının pek çok örneğinden sadece biri olan bu olayı unutamam. Hocam Profesör Dr. Nevzat TOROSLU sadece mesleğine saygı duymadı, öğrencilerine, genç meslektaşlarına da daima saygıyla yaklaştı.

Sohbetlerimizde, *“gençlere saygı duyun, onları ve akıllarını küçümsemeyin”* diyerek bizleri uyarması, gençlere duyduğu içten saygı ve sevginin, umudu gençlerde görmesinin sonucudur.

2007 yılından beri Hocam Profesör Dr. Nevzat TOROSLU ile aynı fakültede çalışıyoruz ve Ondan öğrenmeye devam ediyorum. Hala sabırla, titizlik ve şefkatle yol gösteriyor, öğretiyor, hiçbir konuda dostluğunu esirgemiyor. Ben de bir tilmiz telaşı ve heyecanı peşinden koşuyorum.

Hocam Profesör Dr. Nevzat TOROSLU'ya şükran ve saygıyla.



## ***Selahattin KEYMAN***

Aynı türden birkaç satırı, bir süre önce Tunçer (Karamustafaoğlu) için de istemişlerdi. Bizi tanıyanlar, bunu, zorunlu bir rastlantı olarak nitelerler diye düşünüyorum.

Kendisini 1961 yılında tanıdım. Demek ki, aynı sınıftan olmamıza rağmen dört yıl boyunca hiç karşılaşmamışız.

Çok çalıştı, iyi bir cezacı oldu. Bununla, açıkça söylemeseler bile, ceza hukukunu, “marjinallerin” toplum dışında tutulması ya da “siyasi iktidarın politik amaçlarının bir aracı olarak” görenleri kastetmiyorum. Kendisini, ceza hukukunu, beyaz bir topluma odaklı hukuk sistemlerinin zorunlu bir parçası olarak anlayanlar arasında sayıyorum. Bir de şu var: Uyum kanunlaştırmaları diye, ceza hukuku alanında bir takım karışıklıklara, ceza usul hukuku alanında da, özel yetkili mahkemeler gibi, kurucularının da vazgeçmek zorunda kaldıkları müesseselere ulaşan çalışmalara katılmadı. İyi de etti.

Hazırlanmaksızın derse girmeyerek, öğrenciye önem vererek, akademisyenliği bir takım siyasi ve kişisel çıkarların bir aracı olarak görmeyerek, kendi halinde, popülerite endişelerinden uzak bir profil çizdi.

Aksini düşündürecek bir belirti olmasa da, Haluk’un da, benzeri bir tutumdan sapmayacağını düşünüyorum.

Benim söyleyeceklerim bu kadar. Kendisine sağlıklı, mutlu ve uzun bir ömür dilerim.



***Prof. Dr. Erden KUNTALP***

Sevgili Nevzat Hoca ile olan dostluğumuz, çok eskilere gitmektedir. Kendisini, ilk kez 1960'lı yılların başında Ankara Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku kürsüsünde asistan olarak göreve başladığı sıralarda tanıdım. O tarihlerde, Ankara Hukuk Fakültesi'nde asistanların bir arada oturabilecekleri bir odaları mevcut değildi. Bu boşluğu, kısmen Ceza Hukuku Enstitüsü'nün yanındaki Prof. Uğur Alacakaptan ve rahmetli Prof. Eralp Özgen'in odaları doldurmaktaydı. İşte, bu odaya geliş ve gidişlerimde, bir gün Enstitü'de bir genç arkadaşımızın oturduğunu ve çalıştığını gördüm. Sorduğumda, kendisinin yeni asistan arkadaşımız Nevzat Toroslu olduğunu söylediler. O günden sonra sevgili Nevzat'ı sürekli olarak masasında çalışırken gördüm. Ne kadar ilginçtir ki, bu çalışmalarını günümüze kadar kesintisiz sürmüş ve halen sürmektedir. Nitekim, sorgulayıcı zekası ve bütünleştirici çalışması ile Nevzat Hoca günümüzün en önde gelen saygın ve güvenilir Ceza hukukçularından biri olmuştur.

Bilim adamı kişiliği, edindiği her yeni bilgiyi sorgulamasına, ancak bu sorgulama sonunda, doğruluğuna inanması koşuluna bağlı olarak, onu benimsemesine yol açmıştır. Böylece, Nevzat Hoca 'düşünmek inkar etmektir.' bilimsel dusturu doğrultusunda, kendisinden sonra gelenlere, gerçek onurlu bir aydının nasıl hareket etmesi gerektiğinin güçlü bir örneğini vermiş olduğu gibi, ayrıca bu tutumu ile topluma, özellikle öğrencilerine 'nabza göre şerbet' vermemeği telkin etmiştir.

Bilge kişiliği yanında, ayrıca Nevzat Hoca, büyük bir sorumluluk duygusuna sahiptir. Yüklenmiş olduğu her görevi, gereği gibi yerine getirmek konusunda aşırı bir duyarlılık göstermiş, bu bağlamda görev yerine getirilinceye kadar büyük bir huzursuzluk yaşayarak ancak görev tamamlandıktan sonra rahat bir nefes alabilmiştir. Ne var ki, bu özelliği onu görev üstlenmekten alıkoymamış, çevresine ve ülkeye yararlı olacağına inandığı her faaliyetin içinde yer almaktan kaçınmamış, aksine sonuna kadar görevini tamamlamak için her türlü çabayı göstermiştir.

Nitekim yoktan var edilen Tefvik Fikret okullarının geliştirilmesinde ve kurumsallaştırılmasında, uzun süre Tefvik Fikret Eğitim Vakfı'nın yönetim kurulunda 2. başkan ünvanı ile, herhangi bir karşı menfaat beklemezsizin,

özveriyle çalışarak doğrudan etkili olmuştur. Beraberce yaşadığımız bu süreçte Nevzat Hoca, düşündüklerini açıkça ortaya koymak, doğruluklarına inandığı çözümleri sonuna kadar savunmak, gerektiğinde yerinde olduklarına sonradan inandığı karşı görüşleri tereddütsüz kabul etmek ve bunların uygulamaya geçirilmesinde görev almak suretiyle, demokratik bir kişilik sergilemiştir. Diyebilirim ki, Nevzat Hoca'nın bu örnek davranışı olmasaydı Tefvik Fikret Eğitim Vakfı'nın bugün ulaştığı noktaya ulaşması mümkün olmazdı.

Bu bağlamda, Nevzat Hoca'nın, gösterdiği bu üstün başarılı çalışmaya karşın, olağanüstü alçakgönüllü olduğunun da altının çizilmesi gerekmektedir. Gerçekten, Nevzat Hoca gerek hocalık gerek yöneticilik döneminde elde etmiş olduğu bu başarıya karşın, doğasından kaynaklanan alçakgönüllülüğünden asla vazgeçmemiştir. Yardımına başvurulduğu her an, kişiliğinden bir ödün vermemesi koşuluna bağlı olarak, bu yardımı yapmaktan, yardımı talep edenin kişiliğine bakmaksızın kaçınmamıştır. Nitekim hoca olarak öğrencilerinin sorularını cevaplandırmada erişilmez bir hoca kimliğine bürünmemiş olduğu gibi, Vakfın karşılaştığı güçlüklerin aşılmasında, çalışanların kendisine başvurmalarına bir set çekecek şekilde statü farklılığının arkasına da sığınmamıştır. Kısaca, Nevzat Hoca her zaman ulaşılabilir olmuştur.

Ulaşılabilir olmanın yanında Nevzat Hoca ayrıca güvenilir bir kişi olmuştur. Hiçbir zaman ne dostlarını ne de kendisine güvenenleri yarı yolda bırakmıştır. Nitekim, bunun en tipik örneğini, yıllardır sürdürdüğü dostluklarında görmekteyiz. Bu dostları hakkında kinayeli bir söz söylemesi bir yana, aksine zorluklarla karşılaştıkları zamanlarda daima onların yanında yer almıştır.

Kısaca diyebilirim ki Nevzat Hoca, özellikleri ile bir bilge kişiliktir.

## PUSULA

*Güneş OKUYUCU ERGÜN*

İnsanın şansının yüzüne güldüğü anlar vardır; kaderini şekillendiren, varoluş biçimini etkileyen. Meslek hayatıma Nevzat Hoca'nın asistanı olarak başlamış olmak ve aynı şekilde devam edebilmek de benim için öyle. Nevzat Hoca, değerli zamanını ve emeğini benden asla esirgememiştir. Tezlerimin danışmanlığını üstlenmenin yanı sıra, yazdığım her çalışmayı satır satır okumuş, bitmek bilmez sorularımı benimle tartışma zahmetine katlanmıştır. Öğrendiklerimin, yazdıklarımın her zerresinde Nevzat Hoca'nın katkısı ve emeği vardır. Sadece meslekî konularda değil, ihtiyaç duyduğum her an ve her konuda yardımına başvurabildiğim, her zaman görüş ve katkılarıyla doğruyu bulmamı sağlayan Prof. Dr. Nevzat Toroslu, mesleğine gösterdiği saygı ve özen, öğrencilerine ve asistanlarına yaklaşımı, hukuki konuları değişen çıkar odaklarına değil, hukuki gereklere göre ele alması, hiçbir konuda ve koşulda dürüstlükten taviz vermeyişiyle aynı zamanda iyi bir hoca, iyi bir hukukçu, iyi ve dürüst bir insan olmak bakımından da örnek teşkil etmektedir. İşte tüm bu nedenlerle, asistanı olma ayrıcalığına erişebildiğim için kendimi çok şanslı saydığım, katkıları, sabrı, desteği ve yardımları için kendisine gönülden şükran borçlu olduğum değerli hocam Sayın Prof. Dr. Nevzat Toroslu, benim için, her zaman doğru yönü gösteren bir pusula gibidir.



# **MAKALELER**





# TÜRK CEZA HUKUKUNDA KİŞSEL VERİLERİN KORUNMASI İLKELERİ

*Hale AKDAĞ\**

## I. GİRİŞ

Kişisel verilerin korunmasıyla ilgili kural ve ilkeler yorumlanırken iki temel husus göz önünde bulundurulmalıdır. Bunların ilki kişinin bir verisinin işlenmemesi isteğinin hukuken korunmaya değer olduğudur. Bu istek somut bir zarar veya tehlike doğması olasılığına dayanmak zorunda değildir. Kişinin kendisiyle doğrudan ilgili bilgiler üzerinde hakimiyetinin olması ve bunun kişiye sağladığı güvenlik hissi başlı başına korunmaya değerdir. Bu yüzden veri “kişisel” yani gerçek bir kişiyle bağlantılandırılabilir olduğu sürece özel, gizli veya mahrem nitelik taşıyıp taşımadığı önemsizdir. Verinin işlenmesinin engellenmesi için veri süjesinin, yani verinin ilgili olduğu kişinin bu işlemeyi istememesi yeterlidir. İkinci husus verinin korunmasıyla kişinin korunmasının birbiriyle yakından bağlantılı ama farklı olduğudur. Bazı normlar doğrudan veriyi korumaya daha fazla önem verirken, bazıları veri vasıtasıyla kişiyi korumayı amaçlar. Türk Ceza Kanunu açısından, “Bilişim Alanında Suçlar” bölümündeki suçlar daha çok bilişim sistemlerini ve bu sistemlere duyulan güveni korumayı amaçlarken, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümündeki suçlar bireyin haklarını korumaya ağırlık verirler.

Çalışmanın konusunu oluşturan kişisel verilerin korunması ilkeleri, bireyin kişisel verileriyle bağlantılı menfaatlerinin korunmasını sağlayabilecek nitelik taşır. Bu ilkeler hem kanunların yapımı hem de uygulanması aşamalarında kullanılmalıdır. Amaçları kabaca kişisel verilerin işlenmesine izin verilebilecek alanı bir çerçeve içine almak olarak ifade edilebilir. Bu çerçeve somut değildir, sadece verilerin işlenmesine izin veren kanunlar yapılırken ve uygulanırken dikkat edilmesi gereken bazı noktaları vurgularlar. Bu ilkelere uyulması kişisel veriler işlenirken bireylerin alanına mümkün olan en az müdahalenin yapılmasını ve veri süjelerinin veri işleme sürecine katılımını sağlar. Kişi verisi işlenirken bu ilkelere uyulacağını bilirse kendini daha güvende hisseder.

---

\* Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

Bu çalışmanın amacı, kişisel verilerin korunmasının genel kabul gören ilkelerini kısaca anlatmak ve Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelerin bu ilkeleri ne ölçüde hayata geçirdiğini tartışmaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenen suçlar bireye, kişiliğini geliştirebilmesi için diğer bireyler, toplum ve devletin müdahale edemeyeceği özgür bir alan sağlamayı amaçlar.<sup>1</sup> Bu bölümde yer alan 135<sup>2</sup>, 136<sup>3</sup> ve 138<sup>4</sup> maddeler bu amaçla bireylerin, kişisel verilerinin işlenmemesinden kaynaklanan menfaatlerini korur. İlgili maddeler sırasıyla kişisel verilerin; kaydedilmesini, verilmesini-yayılmasını-ele geçirilmesini ve yok edilmemesini cezai müeyyideye bağlar.

Bu suçların hukuki konusu olan "özel hayatın gizliliği" Anayasa'nın 20. maddesinde bir temel hak olarak düzenlenir. Kişisel verilerin korunması hakkıysa bu maddenin 3. fıkrasında yer alır.<sup>5</sup> Bu düzenleme veri koruma ilkelerinin bir kısmını içerir. Hukukumuz açısından önem taşıyan ve bu ilkeleri içeren bir başka metin, Türkiye tarafından imzalanan ancak hala onaylanmayan "*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme*"dir.<sup>6</sup> Sözleşme Türk Ceza Kanunu açısından da önem taşır; kişisel verilerin kaydedilmesini

---

<sup>1</sup> ZAFER, Hamide: **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması**, Beta Yay., İstanbul 2010, s. 54.

<sup>2</sup> "Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."

<sup>3</sup> "Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

<sup>4</sup> "Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir."

<sup>5</sup> Bu fıkra 07.05.2010 tarih ve 5983 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun"un 2. maddesinde yer almış ve 12.09.2010 tarihinde yapılan referandumla yürürlüğe girmiştir. Fıkra metni şöyledir:

"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

<sup>6</sup> Sözleşmenin orijinal İngilizce metni için bkz.: "Convention for the Protection of Individuals with Regard

to Automatic Processing of Personal Data", <http://conventions.coe.int/treaty/EN/Treaties/Html/108.htm>. Bundan sonra "Sözleşme" olarak anılacaktır.

düzenleyen 135. maddenin gerekçesinde bu maddeyle, ilgili sözleşmenin hükümlerine geçerlilik tanındığı belirtilir. Bu durum Sözleşmeyi doğrudan uygulanır hale getirmez, ancak maddelerin yorumunda yol gösterici olarak kullanılmasını haklı çıkarabilir.

Veri koruma ilkeleri dört ana grup halinde incelenecektir. Ancak bu ilkelerin iç içe geçmiş olduğu, bir ilkenin bazı boyutlarının zamanla başka bir ilkeye dönüştüğü ve bunların birbirini tamamladığı unutulmamalıdır.

Bu grupların ilki, kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili ilkelerdir. “İşleme” bir kişisel veriyle ilgili olarak gerçekleştirilebilecek tüm fiilleri kapsayan bir ifadedir. İşlemeyle ilgili ilkelerse, kişisel veriye uygulanan işlemin taşıması gereken bazı özellikleri ifade eder.

İkinci grubu veriyle ilgili ilkeler oluşturur. Bu ilkeler işlenen verinin taşıması gereken özelliklerle ilgilidir.

Üçüncü grup veri süjesiyle ilgili ilkelerdir. Veri süjesi; verinin bağlantılandırıldığı, yani ilgili olduğu kişidir. Bu gruptaki ilkelerin temel amacı veri süjesinin, kişisel verinin işlenmesi sürecine katılması ve bu süreci kontrol edebilmesidir.<sup>7</sup>

Veri koruma ilkelerinin dördüncü ve son grubu veri güvenliği ilkesidir. Aslında kişisel verilerin korunması ile veri güvenliği birbirlerinden farklı kavramlardır; kişisel verilerin korunması asıl olarak veri süjesini korumayı amaçlarken, veri güvenliği veri işleyenleri ve onların çeşitli menfaatlerini de güvence altına alır.<sup>8</sup> Ayrıca kişisel verilerin korunmasının temel hedefi veri vasıtasıyla kişiyi korumakken, veri güvenliği doğrudan veriyi koruma amacı taşır. Bunlara rağmen veri güvenliği ilkesi dolaylı olarak kişiyi korur, bu yüzden genelde veri koruma ilkeleri arasında kabul edilir.<sup>9</sup> Veri güvenliği ilkesine aynı sebeple, bu çalışmada kişisel verilerin korunması ilkeleri arasında yer verilmiştir.

## II. İŞLEMEYLE İLGİLİ İLKELER

### A. Hukuka ve Dürüstlük Kurallarına Uygunluk İlkesi

Bu ilke Sözleşme'nin 5. Maddesinin (a) bendinde “*Otomatik işlemeye tabi tutulacak kişisel veriler, dürüst ve hukuka uygun olarak toplanmalı ve işlenmelidirler.*” şeklinde düzenlenir.

<sup>7</sup> BYGRAVE, Lee A.: **Data Protection Law – Approaching Its Rationale, Logic and Limits**, Kluwer Law International, New York 2002, s. 63.

<sup>8</sup> BYGRAVE: s. 23.

<sup>9</sup> KÜZECİ, Elif: **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 13.

Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun veri işlenmesi, tüm veri koruma ilkelerini yaratan temel ilkedir. Hukuka uygunluk kavramının içeriği açık olduğu için bu konuda ayrıca açıklama yapılmayacaktır.<sup>10</sup> Hukuka aykırı veri işlenmesi en basit ifadeyle; kanunun açıkça verdiği bir izin olmadığı halde veri işlenmesidir. Kanunun izni olmaksızın veri işlenmesi Anayasa 20/3'te şu ifadeyle yasaklanmıştır: “*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde (...) işlenebilirler.*”

Dürüstlük kurallarıysa hukukumuzda, Medeni Kanun'un 2. Maddesinde düzenlenir.<sup>11</sup> Dürüstlük kuralına uygun davranmayan kişi, hakkını kullandığı ve sınırlarını aşmadığı halde davranışları bu hakkın amacına aykırı nitelik taşır.<sup>12</sup> Bu, kişinin dürüst, güven kurallarına uygun ve namuslu birinden beklenen şekilde davranmadığı anlamına gelir.<sup>13</sup> Dürüstlük kuralına uygunluk, her somut olayda, herhangi bir insandan beklenecek objektif davranışa göre belirlenir. Davranışı gerçekleştiren kişinin subjektif durumu önem taşımaz.<sup>14</sup>

Kişisel veriler açısından dürüstlük kuralı; kişisel veriler işlenirken hakkın kötüye kullanılmamasını gerektirir.<sup>15</sup> Bu veri işleyenlerin, veri süjesinin çıkarlarını ve makul beklentilerini göz önüne almasını da kapsar.<sup>16</sup> Kişiler veri işlerken; kendilerine kanunla verilen yetkiyi mümkün olan en kısıtlı şekilde kullanır, yetki veren kanunun amacına ulaşmak için gereken en az miktar veriyi işler ve veri süjesinin belemeyeceği fiiller gerçekleştirmezlerse, davranışları dürüstlük kurallarına uygun olur.

Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygunluk ilkesini bir örnekle açıklamak, somutlaşmasını sağlamak açısından yerinde olacaktır. Bir belediyenin sınırları içindeki engelli vatandaşlarla ilgili proje gerçekleştirmek istediğini düşünelim. Böyle bir proje kapsamında hukuka uygun veri işlenmesi için öncelikle belediyeye yetki veren bir kanun olması ve belediyenin bu konuda bir düzenleyici işlem yapması gerekir. Belediye Kanunu bu konuda gerekli hukuki temeli oluşturur ve belediye, bu kanunun

---

<sup>10</sup> BYGRAVE: s. 58.

<sup>11</sup> İlgili madde “Dürüst Davranma” başlığını taşır ve metni şöyledir:

“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

<sup>12</sup> OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami: **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, B. 15, İstanbul 2008, s. 224.

<sup>13</sup> ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Beşir / GÖKYAYLA, Emre: **Medeni Hukuk**, Seçkin, B. 6, Ankara 2000, s. 131; OĞUZMAN / BARLAS: s. 220.

<sup>14</sup> ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA: s. 146.

<sup>15</sup> ÖZDEMİR, Hayrunnisa: **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, Seçkin, Ankara 2009, s. 138.

<sup>16</sup> BYGRAVE: s. 58.

kendisine verdiği görev ve yetki sınırları içinde düzenleyici işlem yapabilir. Dolayısıyla belediyenin bir kanuna dayanarak çıkardığı düzenleyici işleme dayanarak veri toplaması durumunda, “kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk ilkesi” hayata geçirilmiş olur.

Kanuni idare ilkesi gereği, kamu otoriteleri kişiye yarar sağlayacak bir düzenlemeyi dahi kanuna dayanmadan yapamazlar.<sup>17</sup> Kişisel verilerin korunması açısından da doğru olan budur. Bireylerin kişisel verisi onlara yarar sağlayacak bir işlem için olsa bile, önceden yapılmış bir kanuna dayanmadan toplanamaz.

Dürüstlük ilkesiyse, aşağıda anlatılan diğer ilkeler vasıtasıyla somutlaşır. Dolayısıyla bu ilkelere uyulmaması, aynı zamanda dürüstlük kurallarına uygunluk ilkesine de uyulmadığı anlamına gelir. Bu yüzden, dürüstlük kuralına uygunluk ilkesiyle ilgili örnekler aşağıda yer alacaktır.

Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeler hukuka aykırı veri işlenmesini engellerler ancak dürüstlük kurallarına uygunluğu garanti altına almaları mümkün değildir.

Türk Ceza Kanunu’nun kişisel verilerle ilgili suçları düzenleyen maddeleri bu tür verilerin kaydedilmesi, verilmesi, yayılması, ele geçirilmesi ve silinmemesi fiillerini cezai müeyyideye bağlar. Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” ifadesiyse, bir kanunla bu fiillerin gerçekleştirilmesine izin verilmesi durumunda, fiilin hukuka uygunluğunu sağlar. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu, hukuka uygun veri işlenmemesini cezai müeyyideye bağlar ve hukuka uygunluk ilkesini hayata geçirir.

Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinde yer alan “kanun” ifadesi sadece şekli anlamdaki kanunları kapsamaz. Düzenleyici işlemler dahil tüm hukuk normları, fiile izin veren düzenleme içermeleri durumunda fiilin hukuka uygun olmasını sağlarlar. Bunun için failin izin veya yetki veren normun muhatabı olması ve fiilin kanunun izin verdiği sınırlar içinde kalması yeterlidir.<sup>18</sup> Kısaca, kanun bir makama kişisel veri işlenmesi için açıkça yetki vermezse, kişisel verinin işlenmesi suç teşkil eder.<sup>19</sup>

Türk Ceza Kanunu hukuka uygun veri işlenmesini bu düzenlemelerle hayata geçirir. Kişinin fiilinin hukuka uygun kabul edilmesi için, kanun

<sup>17</sup> GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, B. 10, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 42 vd.

<sup>18</sup> TOROSLU, Nevzat: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, B. 17, Savaş Yayınevi, Ankara 2012, s. 152; HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Us-A Yay., Ankara 2010, s. 238-239.

<sup>19</sup> YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, C. III, s. 4119.

tarafından verilen yetkinin sınırları içinde kalması yeterlidir. Dürüstlük kurallarına uygunluk bu yüzden Türk Ceza Kanunu aracılığıyla hayata geçirilemez; kişi kanunun verdiği yetkinin sınırlarını aşmadıkça suç işlemiş olmaz ve cezalandırılması mümkün değildir. Yani kişi dürüstlük kuralına aykırı davranırsa dahi, hukuka uygun davrandığı sürece Türk Ceza Kanunu kapsamında cezalandırılması mümkün değildir.

### **B. Amaca Bağlılık İlkesi**

Bu ilke Sözleşme'nin 5. Maddesinin (b) bendinde “*Veriler belirli ve meşru bir amaç için depolanmalı ve bu amaçla bağdaşmayacak şekilde kullanılmamalıdır.*” şeklinde düzenlenir.

Bu ilke üç alt ilkedен oluşur. Bunların ilki verinin hangi amaçla toplandığının belirli olmasıdır. İkinci olarak, bu belirli amacın meşru olması gerekir. Üçüncü ilkeyse veri kaydedildikten sonra başka işlemlere tabi tutulacaksa, bu işlemlerin amacının verinin kaydedilme amacıyla uyumsuz olmamasıdır.<sup>20</sup> Kişisel verilerin işleme amaçlarının gerçekleşmesi için gereken süreden daha uzun süre sistemde tutulamaması amaca bağlılık ilkesinin bir başka boyutudur.<sup>21</sup>

Anayasa’da bu ilkeye direkt olarak yer verilmez. Ancak madde metninde “*(...) amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme (...)*” hakkında bahsedilir. Yani Anayasa verilerin ancak belirli bir amaç için toplanabileceğini açıkça söylemese de, veri süjesine verilerin toplanma amacı doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını kontrol etme hakkı verir. Bu ifadeyi, belirli bir amaçla yapılmayan veri toplamanın Anayasa’ya aykırı olacağı şeklinde yorumlamak mümkündür.

Kişisel verinin toplanma amacının belirli olması için öncelikle; verinin işlenmesine izin veren kanun, bu işlemin hangi amaçla yapılabileceğini somut ve belirli ifadelerle düzenlemelidir.<sup>22</sup> Kişisel veriler ileride bir gün kullanılmaları gerekebileceği düşüncesiyle toplanamazlar, toplanma amacı belirli olmalıdır.<sup>23</sup> Ayrıca bu amacın veri toplanmadan önce belirlenmiş olması da zorunludur.<sup>24</sup>

Veri işleminin amacının sadece bilgi toplamak olamayacağı unutulmamalıdır. Şirketler dahi veri toplarken daha iyi reklam yapmak, satış

<sup>20</sup> BYGRAVE: s. 61.

<sup>21</sup> SINGLETON, Susan: **Data Protection – The New Law**, Jordans, Bristol 1998, s. 20.

<sup>22</sup> ŞİMŞEK, Oğuz: **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yay., İstanbul 2008, s. 84.

<sup>23</sup> KÜZECİ: s. 198.

<sup>24</sup> BYGRAVE: s. 338.

oranlarını yükseltmek gibi amaçlar güderler. Devletinse sistematik veri toplama olanağı sebebiyle bu konuda daha hassas olması ve kişiye ya da topluma somut bir yarar sağlama dışında bir amaçla hareket etmemesi gerekir.

Yukarıda verilen belediye örneği üzerinden amaca bağlılık ilkesini açıklayabiliriz. Belediyenin sınırları içinde yaşayan engelli vatandaşlarla ilgili bir proje gerçekleştirmeyi planlaması ilk bakışta “amaç” olarak nitelendirilebilir. Ancak bu amaç kişisel verilerin işlenmesi açısından “belirli” kabul edilemeyecek kadar muğlaktır. Engellilerle ilgili bir proje yapılması planı, belediye sınırları içinde yaşayan tüm engellilerle ilgili tüm bilgilerin depolanması için geçerli bir amaç olarak kabul edilemez. Belediyenin önce projeyi somutlaştırması ve yapılacak yardımın özelliklerini belirlemesi gerekir. Aksi takdirde “amaca bağlılık” ilkesine uygun veri işlemeden bahsedilemez.

Türk Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemeler bu ilkenin hayata geçmesi için yetersizdir. Bununla ilgili açıklamalar iki temel konu üzerinden yapılmalıdır; kanununun hükmünün yerine getirilmesi ve rıza. Bu iki hukuka uygunluk nedeninin, belirli açılardan “amaca bağlılık” ilkesinin uygulanmasını sağlamaları mümkündür. Anayasa da bu ilkenin hayata geçmesini “*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.*” diyerek, dolaylı da olsa sağlar.

Kanunun hükmünün yerine getirilmesi bu ilkeyi, kanunda “amaç” belirtilmişse gerçekleştirebilir. Yani kişisel veri işlemeye izin veren bir kanun yapılırken, verinin hangi amaçla işlenebileceği kanun metninde yer alıyor olabilir. İşte bu durumda, kişinin Türk Ceza Kanunu’nda bahsedilen fiillerden birini (kaydetme, verme, yayma, ele geçirme, yok etme) gerçekleştiren, kanunda belirtilen amaca uygun hareket etmesi gerekir. Fail bu amaca uygun hareket etmezse kanunun verdiği iznin sınırlarına riayet etmemiş olur. Bu durumdaysa “kanunun hükmünü yerine getirme” şeklindeki hukuka uygunluk nedeninden yararlanması mümkün olmaz ve cezai sorumluluğu doğar.

Yani sadece veri işlemeye izin veren kanunda, işlemenin belirli bir amaçla gerçekleştirilebileceği belirtilmişse Türk Ceza Kanunu amaca uygunluk ilkesine uyulmamasını yaptırıma bağlamış sayılabilir. Bu amaca uygun olmayan veri işlemler kanunun izin verdiği sınırların, dolayısıyla kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin kapsamının dışında kalır ve cezalandırılır. Buna karşın veri işlemeye izin veren kanunda böyle bir amaca yer verilmemişse, bu ilkenin Türk Ceza Kanunu bakımından uygulanabilirliği yoktur. Görüldüğü gibi Türk Ceza Kanunu doğrudan bu ilkenin uygulanmasını sağlayacak bir düzenleme içermez. Ancak bazı başka

şartların gerçekleşmesi durumunda cezai sorumluluğun doğmasının, dolaylı olarak da olsa bu ilkeye uyulmamasından kaynaklandığı söylenebilir.

Kişiyi veri işleme yetkisi veren kanunda açıkça amaç belirtilmese bile, kanunun geneli ve veri işlemesine izin verilen kişilerin nitelikleri bu konuda yol gösterici olabilir. Örneğin; bir kanun idareye belirli bir kamu hizmetini daha sağlıklı sunması için veri işleme yetkisi veriyorsa, idare bu yetkiyi başka bir amaçla kullanamaz. İlgili idari organ sadece o kanunun sağlıklı yürümesini amaçladığı veya kendi görevi olan kamu hizmetini daha iyi sunmak amacıyla veri işleyebilir. Bu amaçla bağlantısı olmayan bir veriyi işleyen görevli kanunun verdiği yetkinin sınırlarını aşmıştır ve işlediği suçtan sorumludur. Aynı şey gerçek kişilerle özel hukuk tüzel kişileri için de geçerlidir.

Kısaca; bir kanuna dayanarak veri işleyen kişi, kanunun ya da kendisine bu yetkinin verilmesinin amacına uymayan bir veriyi işlerse, kanunun verdiği yetkinin sınırını aşmış olur ve cezai sorumluluğu doğar.

Rıza konusuna aşağıda, “veri süjesinin bilgilendirilmesi ilkesi” başlığında daha geniş yer verilecektir. Ancak rızanın amaca bağlılık ilkesiyle olan bağlantısına burada kısaca değinmek gerekir. En basit anlatımla, verisinin işlenmesi için kişiden rıza alınırken ona işlemenin amacı belirtilmelidir. Veri rıza alınırken belirtilenden başka bir amaçla işlenirse, veri süjesi bu işlemeye rıza vermiş kabul edilemez. Dolayısıyla amaca bağlılık ilkesinin rıza vasıtasıyla hayata geçirilmesi de dolaylı nitelik taşır. Rıza alınırken veri süjesine bildirilen dışında bir amaçla veri işlenmesi, bu fiil açısından rızayı ortadan kaldırır ve veriyi işleyen kişinin cezai sorumluluğunun doğmasına sebep olur.

İkinci alt ilke olan kişisel verilerin toplanma amacının meşru olması, bu amacın kanuni bir temelini olmasını gerektirir.<sup>25</sup> “Meşru” kavramının bir şeyin gördüğü sosyal kabulü ifade ettiği, yani meşru amacın toplumdaki baskın sosyal normlarla çatışmayan amaçları kapsadığı da söylenir.<sup>26</sup>

Üçüncü alt ilke veri bir kere kaydedildikten sonra başka işlemlere tabi tutulmasıyla ilgilidir. Bu sonraki işlemlerin verilerin kaydedilme amacına aykırı olması işlemenin amaca bağlılık ilkesine aykırı olduğu anlamına gelir. Ancak ilkenin bu boyutunun Türk Ceza Kanunu hükümleriyle hayata geçmesi mümkün değildir.

Kanunilik ilkesi gereği, veri üzerinde Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenen fiiller dışında bir işlem gerçekleştirilmesi cezalandırılmaz. Bu

---

<sup>25</sup> KÜZECİ: s. 199.

<sup>26</sup> BYGRAVE: s. 61.



yüzden veri bir kere hukuka uygun olarak kaydedilmişse, üzerinde yapılan başka işlemlerden dolayı ceza sorumluluğunun doğması mümkün olmaz.<sup>27</sup> Sadece yapılan bu işlemler kişisel verilere ilişkin suçlarda düzenlenen fiillerdense, sonraki işlemelerde amaca bağlılık ilkesine uyulmaması Türk Ceza Kanunu tarafından engellenebilir. Bu yolla amaca aykırı gerçekleştirilmesi cezalandırılabilir olan fiiller, kişisel verilerin verilmesi ve yayılmasından ibarettir.

Kısaca, kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilebilecek işlemlerin sadece belirli bir kısmı Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir. Bu fiiller dışındaki işlemler ceza hukuku açısından önem taşımaz. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu bir verinin kaydedildikten sonra kaydedilme amacına uygun olmayan işlemlere tabi tutulamamasını, sadece bu işlemler suç olarak düzenlenen fiillerdense engelleyebilir. Bunların dışındaki fiillerse ne kadar amaca aykırı kullanılırlarsa kullanılınsınlar, Türk Ceza Kanunu kapsamında bir yaptırım söz konusu olmaz.

### III. VERİYLE İLGİLİ İLKELER

#### A. Ölçülülük İlkesi

Sözleşme ölçülülük ilkesine 5. maddesinin (c) bendinde şöyle değinir; *“İşlenen veriler, depolandıkları amaç için yeterli ve bu amaçla bağlantılı olmalı ve gerekenden fazla olmamalıdır.”*

İlk bakışta anlaşıldığı üzere, bu ilke “amaca bağlılık” ilkesiyle yakın ilişki içindedir. Ancak amaca bağlılık veri işleyenin harekete geçme sebeplerinin belirliliği ve eyleminin bunlara uygunluğuyla ilgiliyken, ölçülülük işlenen verinin miktarı ve niteliğiyle ilgilidir. Amaca bağlılık ilkesi bir anlamda, ölçülülük ilkesinin önşartı kabul edilebilir.

Verinin ölçülülük ilkesine uygun işlendiğinin kabulü için öncelikle veri işleyenin belirli bir amacının olması ve işlenen verinin bu amaçla bağlantılı olması gerekir. İşlenen veri, veri işlemenin amacına ulaşılabilmesi için gerekenle sınırlı olmalıdır.<sup>28</sup> Belirli bir veri işlenmeden de amaca ulaşılabilirse, bu verinin işlenmemesi gerekir.<sup>29</sup>

Buna bağlı olarak, amacın gerçekleşmesi için zorunlu olandan daha az veri işlemek de ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil eder. Gerekenden az veri işlenmesi hem veri süjesini hem de veri işleyeni olumsuz etkileyebilecek bir

<sup>27</sup> KETİZMEN, Muammer: **Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 237.

<sup>28</sup> BYGRAVE: s. 59.

<sup>29</sup> KÜZECİ: s. 203.

durumdur. Veri işleyenin bunu kendisine yararı olacak bir amaç için yaptığı ve sağlıklı sonuca ulaşamamasından zarar göreceği açıktır. Amacın veri süjesine yararlı olacağı durumlarda bu önerme veri süjesi için de geçerlidir. Veri süjesinin uğrayabileceği bir başka zararsa, eksik veri sebebiyle kendisini etkileyecek bir kararın yanlış verilmesidir. Ancak hangi miktarda verinin gerekli olduğuna karar verilirken dikkatli olunmalı ve toplanma amacına etki etmeyecek veriler işlenmemelidir. Bunun sınırı belirlenirken, “X verisi elde olursa veri işlemenin sonucu değişebilir mi?” sorusu sorulmalıdır. Eğer söz konusu veri işlemenin amacına etki ediyor ve farklı bir sonuç çıkmasına sebep oluyorsa işlenmeli, buna karşın varlığı sonucu etkilemiyorsa işlenmemelidir.

Yukarıda da belirtildiği üzere veri toplamanın her zaman somut bir amacı olmalıdır. Ölçülülük ilkesi, daha sonra kullanılma olasılığı sebebiyle veri işlemeyi yasaklar. Yani bu ilkeye uygun hareket edilirse veriler, daha sonra bir amaca hizmet edecekleri gerekçesiyle depolanamazlar.<sup>30</sup>

Yukarıda anlatılanların hepsini belediyenin engellilerle ilgili projesi örneği üzerinden açıklayabiliriz. Belediyenin projesini somutlaştırdığını ve belirli bir oranda engeli olan tüm sakinlere para yardımı yapmaya karar verdiğini varsayalım. Bu durumda belediyenin toplayabileceği veri, kişinin engellilik oranı, ikamet adresi ve banka hesap numarasından ibarettir. Buna karşın belediye, hane geliri belirli bir miktarın altında olan engelli sakinlere para yardımı yapmayı amaçlıyorsa işleyebileceği verilere hane halkının geliri eklenirken, engel oranının işlenmesi gereksiz hale gelir.

Belediyenin engelli sakinlerin ulaşımına kişisel çözüm üretmek yönünde bir projesinin olması durumundaysa amaç için gerekli veriler arasında kişinin engeli, engelinin oranı, evinin yeri, kaçınca katta bulunduğu yer alır. Belediye bu verilerin herhangi birini işlemezse amacına ulaşması mümkün değildir. Örneğin yüksek katta oturan bir görme engelliyle yürüme engellinin ihtiyaç duydukları yardım türü farklı olacaktır. Belediye, sakinlerin engelinin ne olduğuyula ilgili veriyi işlemezse ulaşım problemlerini belirlemesi ve çözüm üretmesi mümkün olmaz. Buna karşın, bu tip bir projede hane halkıyla ilgili herhangi bir bilgi gerekli değildir, dolayısıyla bu tip verinin işlenmesi ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır.

Bu konuda unutulmaması gereken nokta, kişilerin bu projelerden yararlanmak zorunda bırakılmayacağıdır. Belediye, engelli bir sakinin verilerinin işlenmemesi talebine uygun hareket etmek zorundadır. Bu kişiye yardım etmek amacıyla hareket etse dahi verileri zorla işleyemez.

---

<sup>30</sup> BAŞALP, Nilgün: **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Yetkin Yay., Ankara 2004, s. 38.

Ölçülülük ilkesinin bir başka boyutu verinin, artık ihtiyaç duyulmaması durumunda silinmesi ya da anonim hale getirilmesidir.<sup>31</sup> Anonim hale getirilen veriler artık “kişisel veri” niteliği taşımaz, dolayısıyla veri koruma mevzuatları kapsamında değerlendirilmez.<sup>32</sup> Türk Ceza Kanunu ölçülülük ilkesinin bu boyutunu 138. maddesinde düzenlenen “kişisel verilerin yok edilmemesi suçu” ile korur. Bu suç, kanun tarafından belirlenen süre geçtikten sonra sistemden yok edilmesi düzenlenmiş olan verinin yok edilmemesinden ibarettir.

Madde metninde yer alan “kanun” ifadesinden sadece şekli kanunlar anlaşılmalıdır. Yok etme yükümlülüğü idarenin bir düzenleyici işlemiyle de getirilebilir.<sup>33</sup> Bu suç sadece kanun tarafından veriyi yok etmekle yükümlü kılınan kişilerce işlenebileceği için özgü suç niteliği taşır.<sup>34</sup> Ancak failin kamu görevlisi olması zorunlu değildir, kanun tarafından yükümlü kılınması yeterlidir.<sup>35</sup> Hatta veriyi sistem içinde yok etmekle yükümlü kişinin kanunda gösterilmesi zorunlu değildir. Kanunun belirli bir verinin yok edilmesi yükümlülüğünü getirmesi yeterlidir. İşbölümünü düzenleyen bir yönetmelik ya da resmi olmayan işbölümü dahi yok etmekle yükümlü kişiyi belirliyor olabilir. Veriyi yok etmekle yükümlü kişi bunu gerçekleştirmedeği zaman, “kişisel verilerin yok edilmemesi” suçunu işlemiş olur ve cezalandırılır. Türk Ceza Kanunu böylece, 138. maddesiyle ölçülülük ilkesinin bu boyutuna uyulmasını garanti altına alır.

Bu güvencedeki eksiklik, kanunda kişisel verilerin yok edilmesi yönünde bir düzenleme olmaması durumunda ortaya çıkar. Kamu otoriteleri açısından verilerin yok edilmesi yükümlülüğü sadece açık düzenlemenin olduğu durumlarda doğarken, özel kişi ve kurumlar tarafından işlenen veriler tamamen bu ilkenin korumasının dışında kalır.

## **B. Veri Kalitesi İlkesi**

Veri kalitesi ilkesi amaç doğrultusunda ve ölçülü toplanan verinin aynı zamanda doğru ve güncel olmasını ifade eder. Sözleşmenin 5. maddesinin (d) bendi bu ilkeyi “*Veri doğru ve gerekliyse güncel olmalıdır.*” şeklinde düzenler.

---

<sup>31</sup> BYGRAVE: s. 60.

<sup>32</sup> KÜZECİ: s. 206.

<sup>33</sup> ÖZBEK: s. 965.

<sup>34</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar**, Us-A Yay., Ankara 2010, s.272; ÖZBEK, Veli Özer: **TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Seçkin Yay., Ankara 2008, C. II, s. 964.

<sup>35</sup> YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ: C. III, s. 4133.

Bu ilkeye uyulmaması hem veri süjesine hem de veriyi işleyene zarar verebilir.<sup>36</sup> Verinin doğru ve güncel olması hem veri işleyenin amacına ulaşması hem de veri süjesinin zarar görmemesi için zorunludur. Bu nitelikleri taşımayan veriler, işlemenin amacına ulaşmasını engellemenin yanında istenmeyen sonuçların doğmasına da sebep olabilirler. Veri süjesi açınsındansa, amaç genelde bu kişiyi etkiler nitelik taşıyacağından, varılan yanlış sonuçlar yarar sağlamama ya da haksız yarar sağlama sonuçlarına yol açabilirler.

Belediye örneğimize dönersek; belediyenin hane halkı geliri belirli bir sınırın altında kalan engelli sakinlerine para yardımında bulunacağını düşünelim. Bu yardımın yapılacağı kişiler belirlenirken güncel olmayan bilgiler kullanılırsa istenen sonuca ulaşamayacağı açıktır. Hane halkından birinin kısa süre önce işten çıkarılmış ve hane gelirinin belirlenen sınırın altına düşmüş olması durumunda, belediye bu bilgiyi güncellemeden işlem yaparsa, yardım alması gereken kişiler bu haktan mahrum kalacaktır. Benzer şekilde, hane halkı içinde kısa süre önce çalışmaya başlayan biri varsa ve bu gelir hane gelirini belirlenen sınırın üzerine çıkarmışsa, bu bilginin güncellenmemesi kişinin haksız kazanç sağlamasına sebep olur.

Engelliler için kişiye özel ulaşım olanaklarına kavuşturulması projesindeyse, kişinin engelinin ne olduğu bilgisinin doğruluğu önem taşır. Elinin kullanamayan bir engellinin yürüyemediği zannıyla yapılacak olan yardım, bu kişi için değersiz olacak ve sınırlı kaynakların yanlış kullanımına yol açacaktır.

Bu ilkenin Türk Ceza Kanunu hükümleri vasıtasıyla uygulanması mümkün değildir.

#### **IV. VERİ SÜJESİYLE İLGİLİ İLKELER**

##### **A. Veri Süjesinin Bilgilendirilmesi İlkesi**

Bu ilke Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin (a) bendi herkesin verisiyle ilgili belirli konularda bilgi edinme imkanının olması gerektiğini söyler. Bentte bu konular; kişi hakkında otomatik veri dosyası tutulduğu, dosyanın amacı, veriyi elinde bulunduranın kimliği ve ikametgah ya da işyerinin merkez adresi olarak sayılır.

Anayasa'nın ilgili maddesinde bu ilke "(...) kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme (...)" hakkından bahsedilerek, açıkça düzenlenmiştir.

---

<sup>36</sup> KÜZECİ: s. 208.

Veri süjesinin bilgilendirilmesi, veri işlemenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için en önemli şarttır. Verilerinin işlenmesiyle ilgili gerekli bilgiye sahip olmayan kişi, bu konuyla ilgili haklarını tam anlamıyla kullanamaz.<sup>37</sup>

Veri işlemek çoğu durumda veri süjesinin rızasına bağlıdır ve bu rızanın geçerli olabilmesi için bilgilendirilmiş olması şarttır. Verinin işlenmesi için veri süjesinin rızasına gerek duyulmayan istisnai durumların varlığı kabul edilebilir. Ancak bu, veri süjesinin bilgisi olmadan veri işlenebileceği anlamına gelmez. Rıza alınmasının zorunlu olmadığı durumlarda dahi veri süjesinin bilgilendirilmesi zorunludur.

Bu bilgilendirme yükümlülüğü veri işlemenin her aşamasında ve her boyutu içindir. Kişiyi sadece hangi verisinin hangi amaçla işleneceğinin bildirilmesi bu ilke bağlamında yeterli değildir. Verinin hangi yöntem ve amaçlarla işlendiği, bu işlemin veri süjesi açısından hangi sonuçları doğurabileceği ve veri süjesinin haklarının neler olduğu kendisine bildirilmek zorundadır.

Bu ilke yorumlanırken işlemenin her tür faaliyeti kapsadığı unutulmamalıdır. Yani bu bilgilerin veri sadece kaydedilirken verilmesi yeterli değildir. Veri kaydedildikten sonra üzerinde yapılacak tüm işlemler veri süjesine ayrı ayrı bildirilmeli, veri başkasına verilecekse bunun amacı ve üçüncü kişinin kim olduğu belirtilmelidir. Üçüncü kişinin veri üzerinde yapma olasılığı bulunan işlemler de bu kural kapsamındadır.

Kısaca veri süjesinin bilgilendirilmesi ilkesi, kişinin verisiyle ilgili her işlem ve bu işlemin doğurması olası tüm sonuçlar hakkında bilgilendirilmesini gerektirir. Aksi davranış, bir kere kaydedilen veri üzerinde veri süjesinin hiçbir denetim imkanının olmamasına yol açar ve bahsedilen tüm ilkeleri fiilen yararsız hale getirir.

Belediye örneğimizi bu ilke açısından devam ettirebiliriz. Belediye, hakkında veri topladığı kişilere yarar sağlayacak bir amaç güder. Ancak yukarıda da bahsedildiği gibi kişileri bu projeye dahil olmak ve yarar sağlamak zorunda bırakamaz. Belediyenin engelli vatandaşlarla ilgili veri toplayabilmesi için öncelikle bu kişilere, kendileriyle ilgili bir proje olduğunu bildirmesi gerekir. Belediyenin sadece bir proje için veri topladığını bildirmesi yeterli kabul edilemez. Projenin amacını ve kapsamını, hangi verilere ihtiyaç duyulduğunu, bu verilerin nasıl kullanılacağını bildirmesi zorunludur. Ayrıca, projenin gerçekleşmesi için bu bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılması gerekiyorsa bu kişilerin kimler olduğu,

---

<sup>37</sup> KÜZECİ: s. 212.

verilerin neden paylaşılmasının gerektiği, bu kişilerin hangi işlemleri yapacakları gibi bilgiler de veri süjelerine verilmelidir. Belediye ancak kişilere bu bilgileri verir ve rızalarını alırsa veri işleyebilir.

Hukukumuzda bu ilke, genel hukuka uygunluk nedenlerinden olan rızayla bağlantılı olarak uygulanabilir durumdadır.

Rıza, yukarıda da bahsedildiği gibi kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getiren en önemli nedenlerdendir. Ancak kişisel verilerin işlenmesi için gösterilen rızanın geçerliliği bazı şartlara bağlıdır.

Ceza hukukunda, kişilerin bir takım hakları üzerinde sınırsız tasarruf yetkileri yoktur. Örneğin kişinin şerefle ve kişisel özgürlüklerle ilgili haklarına müdahale edilmesine rıza gösterebileceği kabul edilir. Ancak bu rıza sadece hakları makul ölçüde sınırlandıran bir fiile ilişkinse geçerlidir. Bu haklardan tamamen vazgeçilmesine neden olan rıza beyanı geçerli kabul edilmez.<sup>38</sup> Kişisel verilere ilişkin hakların da bu niteliği taşıdığını kabul etmek gerekir. Kişinin gerekli konularda bilgilendirilmeden verdiği rıza geçerli kabul edilemez. Çünkü bu bilgisizlik, kişinin haklarına ne kadar müdahale edileceğini bilememesi ve rızasının sınırlarının net olmaması sonucunu doğurur. Sınırları belirli olmayan bir rızansa fiilin hukuka uygunluğunu sağlaması düşünülemez. Aksinin kabulü, kişisel verilere ilişkin hakların ölçüsüzce sınırlandırılmasına sebep olur.

Kişisel verilerin işlenmesinde zimni veya varsayılan rızanın geçerli kabul edilmemesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>39</sup> Kişisel verilere ilişkin hakların niteliği göz önüne alındığında, doğru yaklaşım budur. Rızanın geçerli sayılabilmesi için verisi işlenecek kişiye hem verisinin işleneceği hem de bu işlemin sınırları, amaçları ve muhtemel sonuçları hakkında bilgi verilmelidir.<sup>40</sup> Kişinin rızası kendisine bildiren dışındaki amaçlar açısından geçerli değildir. Dolayısıyla verinin, kaydedilirken veri süjesine bildiren amaç dışında bir amaçla kaydedilmesi durumunda rızadan bahsedilemez.<sup>41</sup> Ayrıca belirli bir amaca ve fiile yönelmeyen, genel nitelikli rıza beyanları da geçerli kabul edilemez.<sup>42</sup>

Görüldüğü üzere Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen "rıza"nın geçerlilik şartları, veri süjesinin bilgilendirilmesi ilkesini sınırlı da olsa hayata geçirir. Ancak Türk Ceza Kanunu'nda bir kere geçerli rızaya

<sup>38</sup> TOROSLU: s. 180.

<sup>39</sup> CAREY, Peter: **Data Protection – A practical Guide to UK and EU Law**, Third Edition, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 66.

<sup>40</sup> MORGAN, Richard / BOARDMAN, Ruth: **Data Protection Strategy – Implementing Data Protection Compliance**, Thomson Sweet & Maxwell, London 2003, s. 85; ŞİMŞEK: s. 106.

<sup>41</sup> KETİZMEN: s. 226-227.

<sup>42</sup> KÜZECİ: s. 223.

dayanarak kaydedilen verinin farklı amaçlarla kullanılmasını engelleyen bir düzenleme yer almaz. Bu yüzden kişi bir kere verisinin kaydedilmesine rıza gösterdikten sonra korumasız kalır.<sup>43</sup>

Bu yüzden rıza, bu ilkeyi sadece sınırlı olarak hayata geçirebilir. Veriler üzerinde Türk Ceza Kanunu'nda yer alan fiillerden birinin gerçekleştirilecek olması veri süjesinin bilgilendirilmesini zorunlu kılar. Ancak bunların dışında bir işlem yapılacaksa, veri işleyenlerin veri süjesini bilgilendirmesini sağlayabilecek herhangi bir düzenleme yoktur.

### **B. Veri Süjesinin Katılımı İlkesi**

Bu ilke en kısa şekilde veri işleyen, veri süjesinin kendi verisiyle ilgili taleplerini yerine getirmesi olarak tanımlanabilir. İlke Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin (b) bendi herkese kişisel verisinin otomatik veri dosyası olarak depolanıp depolanmadığını öğrenme ve bu verinin algılayabileceği bir formatta kendisine aktarılması imkanı tanınması gerektiğini ifade eder. Kişilerin bu haklarını kullanırken normalin üzerinde bir gecikme ve masrafla karşılaşmamaları gerektiğini söylerken, imkanın kullanımının makul aralıklarla olması gerektiğini vurgular. Maddenin (c) bendiyse herkesin; verisi veri ilkelerini hayata geçiren yerel kanunlara aykırı olarak elde edilmişse, bu verinin düzeltilmesini ya da silinmesini sağlama hakkının olduğunu ifade eder.

Anayasa veri süjesinin katılımı ilkesine “(...) verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme (...)” hakkını düzenleyerek, açıkça yer verir.

Veri süjesi bu ilke kapsamında kendisiyle ilgili verilere ulaşabilir, bu verilerin hangi işlemlere tabi tutulduğu, bu işlemlerin amacı, veri kendisinden öğrenilmediyse kimden temin edildiği gibi bilgileri talep edebilir.<sup>44</sup>

İlke öncelikle, veri süjesinin bilgilendirilmesi bağlamında kişiye bildirilmesi zorunlu olan her şeyin, kişinin talebi üzerine kendisine bildirilmesini gerektirir. Ancak kapsamı sadece bilgilendirmeye sınırlı değildir. Veri süjesinin verilerinin silinmesi veya düzeltilmesi taleplerinin yerine getirilmesi de bu ilkenin gereklerindedir. Kişiler kendileriyle ilgili verilerin yanlış olduğu, hukuka aykırı işlendiği, işleme amacıyla bağlantısının bulunmadığı gibi gerekçelerle düzeltilmelerini veya silinmelerini talep edebilirler.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> KETİZMEN: s. 237-238.

<sup>44</sup> BYGRAVE: s. 65; KÜZECİ: s. 215.

<sup>45</sup> BYGRAVE: s. 65.

Veri süjesi bu ilke sayesinde işleme sırasında ilkelere uyulup uyulmadığını kontrol edebilir. Ayrıca yanlış veya eksik verilerin düzeltilmesini talep ederek veri kalitesi ilkesine uyulmasını sağlar. Verilerin silinmesi talebiyse ölçülülük ilkesinin hayata geçmesi açısından önemlidir. Kısaca bu ilke, verilerin ilgili oldukları kişi tarafından denetlenmelerini sağlayarak, yanlışlıklardan kaynaklanan zararların doğmasını önler. Bir başka önemli fonksiyonuysa kişilerin istedikleri zaman verileriyle ilgili işlemleri kontrol etmelerini, böylece kendilerini güvende hissetmelerini sağlamasıdır. Kişisel verilerin korunmasında önemli yer tutan kişinin self-determinasyon ile manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakları da böylece korunmuş olur.

Belediye örneğimizden devam edersek; engelli vatandaşlar devam eden projenin her aşamasında verileriyle ilgili yapılan işlemlerin kendilerine bildirilmesini belediyeden talep edebilirler. Projenin amacı kapsamında işlenen verilerinde bir değişiklik olduğunda belediyeye başvurarak verilerinin güncellenmesini isteyebilirler. Ayrıca proje kapsamından çıkmak isterlerse ya da projedeki değişiklikler sebebiyle bazı veriler amaçla bağlantısız hale gelirse, bu verilerinin silinmesi talebinde de bulunabilirler. Belediye veri süjesinin bunlarla ilgili başvurusuna uygun davranmak zorundadır.

Türk Ceza Kanunu'nun bu ilkeyi hayata geçirebilecek bir hükmü yoktur. Ancak veri süjesi katılma haklarını, kişilerin kendileri hakkında idare tarafından tutulan kişisel verilerine ulaşmasını düzenleyen 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu sayesinde, en azından idareye karşı kullanabilir.<sup>46</sup> İdarenin şeffaflığı ilkesi, kişilerin kendileriyle ilgili konularda bilgi edinebilmelerini gerektirir.<sup>47</sup> Buna karşın kişilerin katılmaya ilişkin haklarını özel kişilere karşı ileri sürmeleri mümkün değildir.

## **V. VERİ GÜVENLİĞİ İLKESİ**

### **A. Sistem Güvenliği İlkesi**

Sözleşmenin 7. maddesinde bu ilke, otomatik veri dosyalarında depolanan verilerin bazı zararlara uğramalarının engellenmesi için uygun güvenlik önlemlerinin alınmasının gerekli olduğu şeklinde ifade edilir. 7. maddede sayılan tehlikeler arasında hem yanlışlıkla, hem de yetkisiz erişim sonucunda oluşabilecek zararlara yer verilir. Verinin yanlışlıkla

---

<sup>46</sup> **Kamu Bilişim Derneği 2. Çalışma Grubu Raporu – Kişisel Verilerin Korunması**, Yayına Hazırlayanlar: KETİZMEN, Muammer / KÜÇÜK, Eşref, 2008, s. 28. [http://www.tbd.org.tr/resimler/ekler/8f0b864598a1291\\_ek.pdf](http://www.tbd.org.tr/resimler/ekler/8f0b864598a1291_ek.pdf).

<sup>47</sup> KÜZECİ: s. 212.



silinebileceği veya kısmen kaybolabileceği ifade edilirken, yetkisiz erişim sonucu silinmesinden, değiştirilmesinden, dağıtılmasından ya da sadece veriye erişimden bahsedilir.

Kısaca sistem güvenliği ilkesi veri işleyen, elindeki verilerin yanlışlıkla yok olmaması ve dışarıdan bu verilere müdahale edilememesi için gerekli önlemleri almasını gerektirir.<sup>48</sup> Yani ilkenin iki boyutu vardır; verilerin sistemdeki hatalar sebebiyle kendi kendilerine zarar görmelerinin engellenmesi ve gerekli önlemler alınarak sisteme dışarıdan müdahale edilmesinin önlenmesi. Yukarıda bahsedildiği gibi, bu ilke aslında direkt olarak kişileri korumayı amaçlamaz. Ancak bu ilkeye uygun davranılması kişilerin de korunmasını sağlayacağı için, kişisel verilerin korunması mevzuatlarında yer verilen bir ilkedir.<sup>49</sup>

Veri güvenliği ilkesi hem otomatik hem de otomatik olmayan yolla işlenen veriler için geçerlidir. Otomatik işlemlerde veri işleyen; virüs koruma programı, firewall, PET (*Privacy Enhancing Technologies – Gizlilik Arttırıcı Teknolojiler*) kullanımı, veri transferlerinin şifrelenmesi, verilerin düzenli olarak yedeklenmesi gibi yöntemlerle sistem güvenliğini sağlayabilir. Otomatik olmayan işlemlerde alınabilecek önlemlere örnek olarak; dosyaların kilitlenebilir, yangından koruyucu gibi özelliklere sahip yerlerde depolanması verilebilir. Veriyi işleyen teknolojiyi takip etmekle ve söz konusu önlemleri güncel tutmakla yükümlü olduğu unutulmaması gereken bir noktadır.<sup>50</sup>

Görüldüğü üzere bu ilke verileri iki çeşit tehditten korumayı amaçlar; kazara sistemdeki verilerin zarar görmesi veya dışarıdan bir insanın müdahalesi.<sup>51</sup>

Türk Ceza Kanunu'nda bilişim sistemine girilmesi ve sistemdeki verilere muhtelif şekillerde müdahale edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. "Bilişim alanında suçlar" bölümünde yer alan bu suçları işleyen kişiler cezalandırılır. Bu suçlar insan kaynaklı tehditleri azaltabilse de, bu azalmanın veri işleyen sisteminin güvenliğini ve güvenilirliğini sağlamasıyla ilgisi yoktur. Dolayısıyla sistem güvenliği ilkesinin uygulanmasını sağlayan bir Türk Ceza Kanunu hükmünden bahsetmek mümkün değildir. Türk Ceza Kanunu'nun bir sistemdeki verilere müdahaleyi suç olarak düzenlemesi kişilerin bu fiilleri gerçekleştirmekten imtina etmelerine sebep olabilir. Ancak cezanın caydırıcılığı sebebiyle

---

<sup>48</sup> BYGRAVE: s. 67.

<sup>49</sup> KÜZECİ: s. 13.

<sup>50</sup> CAREY: s. 60.

<sup>51</sup> KÜZECİ: s. 243.

saldırının gerçekleşmemesinin ve verilerin zarar görmemesi veya çalınmamasının, veri işleyenin aldığı önlemlerle ilgili olmadığı açıktır.

### **B. Veri İşleyenin Denetlenmesi İlkesi**

Bu ilke veri işleme hakkı olan kişinin bunu bizzat yapmayarak verileri başkaları vasıtasıyla işlemesi durumunda uygulanırlık kazanır. Verilerin işlenmesi için asıl yetkili olan kişi, bu işlemeyi başkalarına yaptırabilir. Ancak bu durumda verileri kendi adına işleyen kişinin sisteminin ve çalışanlarının güvenilirliğinden sorumludur.

Bu sorumluluğun makul sınırlar içinde kabul edilmesi gerekir. Makul sınırlar veriden veriye değişir. Verinin niteliği ne kadar iyi korunmasını gerektiriyorsa, sorumluluk da o ölçüde genişler.<sup>52</sup> Örneğin, hassas veri kabul edilen sağlık verilerinde bu sorumluluk çok ağır kabul edilmelidir. Buna karşın ticari açıdan önem taşıyan kişinin harcama alışkanlıklarıyla ilgili verilerde sorumluluk bu derece geniş kabul edilmeyecektir.

Veri kendi adına işlenen kişi, veriyi fiilen işleyenin sistemine girilmemesi için gereken tüm tedbirleri aldırmalıdır. Ayrıca veriyi işleyecek olan çalışanlar da dikkatle seçilmeli ve konuyla ilgili gerekli eğitime tabi tutulmalıdır. Bu anlamda, veri adına işlenen kişinin sorumluluğu bu verilerin işlenmesini güvenilir bir kuruma emanet etmekle son bulmaz. Kurumda çalışanların seçilme usullerini, aldıkları eğitimi ve kurumun sistem güvenliği amacıyla aldığı önlemleri denetlemesi gerekir.

Türk Ceza Kanunu'nda bu ilkeyi hayata geçirecek bir düzenleme bulunmaz. Veri işleyenlerin gerek veri güvenliği gerek veri işleyenin denetlenmesi ilkelerine uymamaları durumunda ancak hukuki sorumluluk söz konusu olabilir.

## **VI. SONUÇ**

Kişisel verilerin korunması ilkelerinin en temel amacının, veri süjesine güvence sağlamak olduğu söylenebilir. Verilerin bu ilkelere uygun işlenmeleri durumunda veri süjesi kendini tehdit altında hissetmez ve veri işleme sürecinin parçası haline gelir. Aynı zamanda veri işleyenin çeşitli menfaatleri de bu ilkelere güvence altına alınır.

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin bu ilkelerin hepsini hayata geçiremediği ortadadır. Ancak, özellikle hükümlerin yorumunda veri korumanın gerekleri göz önüne alınırsa, bu ilkelerin bir kısmı uygulanır hale gelir.

---

<sup>52</sup> CAREY: s. 60

Türk Ceza Kanunu'nun veri koruma ilkeleriyle paralel düzenlemelerinin başında, 24. maddenin 1. fıkrasında yer alan ve “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” şeklinde ifade edilen hukuka uygunluk nedeni gelir.

Bu düzenleme, 135, 136 ve 138. maddelerde düzenlenen suçlarla beraber “hukuka uygunluk” ilkesini hayata geçirir. Bu maddeler, kanuni dayanak olmadan kişisel verileri kaydeden, veren, yayan, ele geçiren veya kanunun emrine karşı yok etmeyen kişilerin cezalandırılmasını sağlar. Böylece hukuka uygunluk ilkesi, en azından bu fiiller açısından uygulanmış olur.

Aynı maddeler, kanunda verilerin işlenmesi için belirli bir amacın belirlendiği durumlarda “amaca bağlılık” ilkesinin de uygulanmasını sağlar. Ancak aynı kısıtlama bu ilke açısından da geçerlidir; Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenenler dışındaki fiiller açısından bu ilkeye uygunluğun sağlanması mümkün değildir.

Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasında “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenen rıza da, kişisel verilerle ilişkin suçlarla beraber düşünüldüğünde veri koruma ilkelerinin bir kısmını hayata geçirir. Bu ilkelerin başında “amaca bağlılık” gelir. Kişinin rızası alınırken verisinin hangi amaçla işleneceği kendisine bildirilmelidir. Kişi, kendisine bildirilen dışında bir amaçla yapılan işlemeye rıza göstermiş kabul edilemez. Dolayısıyla amaca bağlılık ilkesine aykırı davranılması rızayı ortadan kaldırarak fiili suç haline getirir. Dolayısıyla bu ilkeye aykırı davranılarak kanunda suç olarak düzenlenen işleme fiillerinden birinin gerçekleştirilmesi cezalandırılır.

Bununla bağlantılı olarak, “veri süjesinin bilgilendirilmesi” ilkesi de rıza hükmü sayesinde uygulanabilirlik kazanır. Veri süjesi bilgilendirilmeden alınan rıza geçersizdir. Dolayısıyla bu ilkeye uymadan veri işleyen kişi cezai müeyyideyle karşılaşır.

136. madde yukarıda bahsedilen ilkelere ek olarak, amaca bağlılık ilkesinin “kaydetmeden sonra gerçekleştirilen işlemlerin ilk kaydetme amacıyla uyumlu olması” boyutunu uygulanabilir kılar. Fail veriyi hukuka uygun kaydettikten sonra, kaydetme amacıyla uyumlu olmayan şekilde başkasına verir veya yayarsa cezalandırılır. Kişinin cezalandırılmaması için verme veya yayma amacının kaydetme amacıyla uyumlu olması ve veri süjesinin bu konuda bilgilendirilmiş olması gerekir.

138. maddeyse, “ölçülülük ilkesi”nin “verinin artık ihtiyaç duyulmaması halinde silinmesi” boyutunun uygulanmasını sağlar. Bu suç

her ne kadar sadece kanunun verinin silinmesini emretmesi durumunda oluşsa da, söz konusu ilkeyi kısıtlı olarak uygulanabilir hale getirir.

Buna karşın Türk Ceza Kanunu hükümleri vasıtasıyla uygulanamayacak veri koruma ilkeleri ağırlıktadır.

“Amaca bağlılık” ilkesinin bu hükümler vasıtasıyla tam anlamıyla uygulanması mümkün değildir. Öncelikle kanunda veri işlemenin amacı yer almıyorsa, ilke direkt olarak uygulanamaz hale gelir. Ayrıca bir kere bu ilkeye uygun kaydedilen verinin daha sonra amaca aykırı kullanımlarının (bu kullanma verinin verilmesi ya da yayılmasıyla gerçekleşmediyse) ceza hukuku kapsamında engellenmesi de mümkün değildir.

Veriyle ilgili ilkelerden “ölçülülük” ilkesinin uygulanması yukarıda bahsedilen kısıtlı durum dışında mümkün değildir. “Veri kalitesi” ilkesiyse Türk Ceza Kanunu kapsamında hiç uygulanamaz.

“Veri süjesinin katılımı” ilkesi de Türk Ceza Kanunu’nun hiçbir hükmünde uygulanabilirliği olmayan ilkelerdendir.

Son olarak, “sistem güvenliği” adı altında toplanan “veri güvenliği” ve “veri işleyeninin denetlenmesi” ilkeleri de Türk Ceza Kanunu’nun hiçbir hükmü tarafından güvence altına alınmamıştır.

Görüldüğü üzere Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen suçlar, kişisel verilerin korunması için yeterli değildir. Ancak bu yöndeki pozitif düzenlemeler için iyi bir başlangıç oldukları açıktır.

## **KAYNAKÇA**

- BAŞALP, Nilgün: **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Yetkin Yay., Ankara 2004.
- BYGRAVE, Lee A.: **Data Protection Law – Approaching Its Rationale, Logic and Limits**, Kluwer Law International, New York 2002.
- CAREY, Peter: **Data Protection – A paractical Guide to UK and EU Law**, Third Edition, Oxford University Press, Oxford 2009.
- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, B. 10, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Us-A Yay., Ankara 2010.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar**, Us-A Yay., Ankara 2010.
- KETİZMEN, Muammer: **Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- KÜZECİ, Elif: **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, Seçkin, Ankara 2009.
- MORGAN, Richard / BOARDMAN, Ruth : **Data Protection Strategy – Implementing Data Protection Compliance**, Thomson Sweet & Maxwell, London 2003.
- OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami: **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, B. 15, İstanbul 2008.
- ÖZBEK, Veli Özer: **TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Seçkin Yay., Ankara 2008, C. II.
- SINGLETON, Susan : **Data Protection – The New Law**, Jordans, Bristol 1998.
- ŞİMŞEK, Oğuz : **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yay., İstanbul 2008.
- TOROSLU, Nevzat: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, B. 17, Savaş Yayınevi, Ankara 2012.
- YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, C. III.
- ZAFER, Hamide : **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması**, Beta Yay., İstanbul 2010.

ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Beşir / GÖKYAYLA, Emre: **Medeni Hukuk**, Seçkin, B. 6, Ankara 2000.

**Kamu Bilişim Derneği 2. Çalışma Grubu Raporu – Kişisel Verilerin Korunması**, Yayına Hazırlayanlar: KETİZMEN, Muammer / KÜÇÜK, Eşref, 2008. İnternet adresi:[http://www.tbd.org.tr/resimler/ekler/8f0b864598a1291\\_ek.pdf](http://www.tbd.org.tr/resimler/ekler/8f0b864598a1291_ek.pdf)

**Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data**, İnternet adresi: <http://conventions.coe.int/treaty/EN/Treaties/Html/108.htm>

*HAKEMLİ*

## **VERGİ SUÇU KAVRAMI VE MÜKELLEFLERİ VERGİ SUÇU İŞLEMENE YÖNELTEN ETKENLER**

*Tuğçe AKDEMİR\**  
*Abdullah ÇAVDAR\*\**

### **GİRİŞ**

Günümüzde devlet olmanın gereği ve sonucu olarak, ekonomik ve sosyolojik anlamda, vatandaşlarına bir takım hizmetler sunmak devletin anayasal görevleri arasında yer almaktadır. Bu doğrultuda devlet, başta anayasa olmak üzere kanunlar ile kendisine verilmiş olan yetkileri en iyi şekilde kullanabilmek için harcama yapmak zorundadır. Devlet kendisine yüklenmiş olan bu görevleri yerine getirebilmek ve temel gereksinimleri karşılamak amacıyla kamu harcaması gerçekleştirmeli ve bunun için ise gelir elde etmelidir.

Gelişmiş devletlerde kamu harcamalarının finansmanı büyük ölçüde vergi gelirleri ile karşılanmaktadır. Devletin egemenlik yetkisine dayanarak, kişilerden hukuki cebir altında tek taraflı, karşılıksız, yürürlükteki hukuk kurallarına uygun olarak almış olduğu vergiler,<sup>1</sup> çeşitli yönleriyle tüm toplumu yakından ilgilendirmekte, sosyal ve ekonomik yaşamın önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bu durum, vergilerin sosyal ve ekonomik işlevinin aynı zamanda ülke vergi sistemi ve vergi idaresinin yapısıyla da bağdaşır nitelikte olmasını gerektirmektedir.

Ancak mükelleflerin vergi ahlakının zayıf ve vergi bilincinin düşük olması; vergilendirmede verimliliğin azalmasına sebep olmakta ve çağdaş vergilendirme anlayışını zedelemekte, olumsuz etkilemektedir. Diğer taraftan vergiye uyum da aynı oranda azaltılmaktadır. Sonuç olarak vergi suçu oluşturan fiillerin mükellefler arasında giderek artması kaçınılmaz bir sonuçtur.

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı.

\*\* Gümüşhane Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Aksoy, Şerafettin, **Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargısı Sistemi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.6.

Toplumun eğitim düzeyinin ve ekonomik koşullarının etkin bir devlet politikası ile iyileştirilmesi, bu doğrultuda her türlü kitle iletişim araçlarından da yararlanmak suretiyle yükümlülerde vergi bilincinin, vergi ahlakının ve nihai olarak ise vergiye uyumunun artırılması; mükelleflerin vergi suçu niteliğinde olan fiillerini azaltılabilecektir.

## I. VERGİ HUKUKUNDA SUÇ VE CEZA KAVRAMLARI

### 1. Genel Olarak Suç ve Ceza

Sosyal ilişkileri düzenleyerek sosyal oluşumu sağlayan<sup>2</sup> ve böylece sosyal düzene katkıda bulunan ceza hukuku, hukuksal değerlerin korunmasına yardımcı olmakta ve doğrudan devletin ödevlerini, ceza normlarının amacını belirleyerek, bireylerin birlikte yaşama koşullarını güvence altına almaktadır.<sup>3</sup> Sosyal düzeni korumak amacı ile konulan hukuk kurallarına aykırılık teşkil eden durumlarda ise devlet, anayasal ilkeler çerçevesinde<sup>4</sup> bunları önlemeye yönelik yaptırım-cezalar uygulamaktadır.<sup>5</sup>

Türk hukukunda, suç ve cezalara ilişkin düzenlemeler esasen Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer almakla birlikte çeşitli kanunlarda da suç ve cezalara ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Vergilemeye ilişkin suç ve ceza hükümlerinin önemli bir kısmının yer aldığı 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK)da bunun bir örneğini oluşturmaktadır. Vergi suçu ve cezalarına ilişkin bütün hukuk kuralları “Vergi Ceza Hukukunu” oluşturmaktadır. Vergi sisteminin hukuka uygun bir şekilde işlemesinin bir yönü olan, vergi suç ve cezaların etkinliği<sup>6</sup>, günümüzde önemini ve güncelliğini korumakta, üstelik vergi ceza hukukunun alanı her geçen gün genişlemektedir.

Vergi ceza hukuku, vergilendirme hakkına sahip devlet ile vergilendirilen yükümlüler arasındaki ilişkiden doğan, devleti vergi kaybına uğratan ve kamu düzenini ihlal eden suçları ile bunlara uygulanacak yaptırımları belirleyen kurallar bütünü olarak adlandırılmaktadır.<sup>7</sup> VUK' ta

<sup>2</sup> Toroslu, Nevzat- Yüksel, Ersoy, “Kanunlaşması Gereken bir Tasarı”, **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, s.5.

<sup>3</sup> Ünver, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan, Hukuksal Değer**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.37.

<sup>4</sup> İçel, Kayıhan - Donay, Süheyl, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, C. I, B:3, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s.5.

<sup>5</sup> Tesal, Reşat D., **İktisadi, Ticari, Mali Suçlar**, Hikmet Gazetecilik Ltd. Şti, İstanbul, 1972, s.1.

<sup>6</sup> Başaran Yavaşlar, Funda, “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları”, **Vergi Dünyası**, 2006, S. 299, s.126.

<sup>7</sup> Bayraklı, Hasan Hüseyin, **Vergi Ceza Hukuku**, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayını, Afyon, 1996, s.4.



vergiye ilişkin suç ve cezaların kapsamı belirtilirken esasen, genel ceza hukuku kuralları göz önünde bulundurulmakta;<sup>8</sup> ancak, vergiye ilişkin olaylar ve vergi kanunlarının özellikleri de göz ardı edilmemektedir.<sup>9</sup>

Kişilerin hak ve özgürlüklerine etkin müdahalelerden biri olarak kabul edilen devletin vergilendirme yetkisi, anayasa ile güvence altına alındığı gibi<sup>10</sup>, vergi cezalarının uygulanabilirliği de temelde “anayasal hukuk devletinin” sağladığı belirli ilkeler doğrultusunda düzenlenen hukuki güvencelere dayanmaktadır. 1982 Anayasası’nın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezalara ilişkin hükümler aynı zamanda, vergi ceza hukukunun da temelini oluşturmakta; böylece, vergi ceza hukukunun hem anayasa ile ilişkisi hem de ceza hukuku ile olan ilişkisi ortaya konulmuş olmaktadır.<sup>11</sup>

## 2. Vergi Suçu Kavramı

Türk hukukunda suçlara ilişkin bütün düzenlemelerin ceza kanununda yer almaması sebebiyle, vergi suçlarının önemli bir bölümü “özel ceza kanunu” niteliği de taşıyan VUK’ ta düzenlenmiştir. Buna göre, vergi suçlarının bir kısmı, VUK’ un Dördüncü Kitabının Üçüncü Bölümünde “Suçlar ve Cezaları” başlığı altında düzenlenmekte, bir kısmı da bağımsız olarak vergi mevzuatı içerisinde yer almaktadır. Böylece VUK’ ta özel olarak düzenlenen bu suçlar “tamamlayıcı ceza hukuku” niteliği göstermektedir.<sup>12</sup>

Vergi suçunun VUK’ ta doğrudan bir tanımı bulunmamasıyla birlikte VUK’ un 331. maddesinde, dolaylı ve zımni bir tanımlamaya yer verildiği görülmektedir. Buna göre, “*Vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyat cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar*”.

<sup>8</sup> Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu (DİBGK), 12.06.1980 E.1977/1 K.1980/2 RG. 29.12.1980/17205: “213 sayılı Vergi Usul Kanunu da aralarındaki amaç ve nitelik farklılıkları nedeniyle, vergiye ilişkin kuralları "Vergilendirme" başlığı altında Birinci kitabında düzenlerken, vergi suçu ve cezalarına ilişkin hükümleri, "Ceza hükümleri" başlıklı Dördüncü kitabında, genel ceza hukuku yapı ve kurallarına göre düzenlemiştir...”

<sup>9</sup> **Vergi Usul Kanunu ve İzahları**, Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 1949, s.479.

<sup>10</sup> Çağan, Nami, “1982 T.C. Anayasasında Vergilendirme”, **Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1983, s.69.

<sup>11</sup> Demirbaş, Burcu, “Vergi Ceza Hukuku’nun Anayasal Temelleri”, **Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan**, C. II, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2009, S.243, s.957.

<sup>12</sup> Şenyüz, Doğan, **Vergi Ceza Hukuku**, B: 5, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s.341.

Ayrıca VUK' un ilgili hükümleri gereği, bazı kabahatler, vergi kaybına neden olan “*idari vergi suçları*” olarak adlandırılırken; bazı suçlar ise, kamu düzeninin ihlaline yönelik bir nitelik taşıyan “*kamusal (adli) vergi suçları*” olarak tanımlanmaktadır.

Vergi suçunun bir bütün olarak nitelendirilmesi ve tanımlanması ise doktrinde şu şekildedir:

Erman'a göre,<sup>13</sup> devletin gelir kaynaklarını korumak için, sosyal düzeni bozucu hareketlerin, ızdırap verici ve korkutucu yaptırımlarla destekleyen hukuki düzenlemelerine vergi suçları denilmektedir. Öncel, Kumrulu, Çağan'a göre,<sup>14</sup> “*Vergi suçları, devlet hazinesine karşı işlenen ekonomik suçlardır.*” Bayraklı' ya göre,<sup>15</sup> “*Vergi suçu, vergi kanunlarına uyma konusunda mecburiyeti bulunan kişilerce işlenen, devleti vergi kaybına uğratan veya kamu düzenini bozan, kanuni tarife uygun ve cezayı gerektiren fiillerdir.*” Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü'nün bu konudaki görüşüne göre<sup>16</sup> ise, “*Vergi suçu, vergi kanunlarının ve Vergi Usul Kanununun koyduğu görev ve ödev hükümlerine, mükellefler ve sorumlular tarafından, cezayı gerektirecek şekilde aykırı hareket edilmesidir.*”

Ceza hukukunda olduğu gibi, vergi hukukunda da suç niteliğini taşıyacak fiillerin unsurları dört başlık altında toplanabilir. Buna göre, VUK' un 331. maddesinde belirtildiği gibi, vergi kanunu hükümlerine aykırı hareket edenlerin sadece kanunda belirtilen cezalarla cezalandırılmaları “**kanuni unsur**” iken; vergi kanununun hükümlerine aykırı hareket etmek “**maddi unsuru**” oluşturmakta; kanundaki tanıma uyan fiillerin hukuk düzenince kabul edilmemesi “**hukuka aykırılık unsuru**” iken; sadece kanun hükümlerine aykırı hareket eden kusurlu kişilerin cezalandırılması ise, “**manevi unsuru**” oluşturmaktadır.

### 3. Vergi Cezası Kavramı

Devletin kamu hizmetlerini eksiksiz ve zamanında yerine getirebilmesi, vergiye ilişkin alacağını güvence altına almak istemesi ve bu çerçevede alınacak vergileri en az kayıpla toplaması<sup>17</sup> için doğmuş veya doğacak olan herhangi bir vergi kaybının yaratacağı zararı veya tehlikeyi önlemek

<sup>13</sup> Erman, Sahir, **Vergi Suçları**, Basım Atölyesi, İstanbul, 1988, s.2.

<sup>14</sup> Öncel, Mualla - Kumrulu, Ahmet - Çağan, Nami, **Vergi Hukuku**, B: 20, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.209.

<sup>15</sup> Bayraklı, **age**, s.175.

<sup>16</sup> Vergi Usul Kanunu ve İzahları, **age.**, s.479.

<sup>17</sup> Candan, Turgut, **Vergi Suçları ve Cezaları**, B: 3, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2010, s.82.

amacıyla<sup>18</sup> vergi mükellefleri ve sorumlularına ilişkin işledikleri fiilleri oranında kanunlarda “ceza” adı altında çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Vergi kanunlarına aykırı hareketlerin ve vergi suçlarının yaptırımı olarak uygulanan vergi cezaları,<sup>19</sup> evrensel hukuk düzenine aykırılık teşkil etmemeli, hak ve adalet ilkesine uygun olmalıdır. Bir taraftan genel ceza hukuku kurallarına uygun olarak düzenlenen vergi cezaları, diğer taraftan vergi alacağının kapsamı ve miktarı ile ilgili olarak ortaya çıkan vergi kayıpları dikkate alınarak düzenlenmelidir.

Genel olarak vergiye ilişkin cezalar, ekonomik ceza niteliğini taşımakta ve nakdi ödeme şeklinde yaptırım uygulanmaktadır. Ancak bazı vergi cezalarında ise, hürriyeti kısıtlayıcı hükümler bulunmakta ve genel ceza hukuku kurallarına paralel bir şekilde yaptırım uygulanmaktadır. Hürriyeti kısıtlayıcı vergi cezaları, ceza mahkemeleri tarafından 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nda (CMK) öngörülen adli yargılama usullerine göre belirlenmektedir. 1982 Anayasası’nın 38. maddesinin 10. fıkrasında da belirtildiği gibi, “*İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.*” Bu hüküm, idareye getirilen önemli bir sınırlama teşkil etmekte, idarenin hürriyeti bağlayıcı cezalar veremeyeceğini ve başta parasal yaptırımlar olmak üzere daha hafif yaptırımlar uygulayabileceğini göstermektedir.<sup>20</sup>

#### 4. Vergi Suçu ve Vergi Cezası Arasındaki İlişki

Kamu düzeninin korunması amacıyla, hukuki yarar ölçüsünde belli fiillerin suç haline getirilmesi; kamu çıkarları doğrultusunda vergi kanunları için de geçerlidir. Bu kanunlara aykırı davranılması halinde belirlenen yaptırımın vergi cezası olarak uygulanması, kişileri cezalandırırken başka kimseleri de suç işlemekten alıkoyacak böylece hazine çıkarlarına zarar veren vergi yükümlüsü ya da kendine yüklenen görevi yerine getirmeyen kimseler (vergi sorumluları) vergi ceza hukuku kapsamında yaptırma tabi tutulacaktır.

Vergi cezasının bu önleyici özelliği; vergi cezasının vergi suçu ile uyum halinde olmasını, başka bir ifadeyle hak ve adalete uygun olmasını gerektirir. Uygulanacak vergi cezası yönteminin cezanın özelliği ile uyum içinde olması da ayrı bir gerekliliği ifade edecektir.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Arslan, Mehmet, **Vergi Hukuku**, B: 5, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006, s.252.

<sup>19</sup> Baykara, Bekir, “Vergi Cezası Kesme İşleminin Hukuki Analizi”, **Vergi Dünyası**, 2004, S.278, s.24.

<sup>20</sup> Çakıcı, Ömer - Ay, Hakan, “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezalarının Tabi Olduğu Hukuki Rejim”, **Vergi Dünyası**, 2001, S.242, s.157.

<sup>21</sup> Edizdoğan, Nihat - Taş, Metin- Çelikkaya, Ali, **Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınevi, Ankara, 2007, s.9.

## II. MÜKELLEFLERİ VE CEZA SORUMLULARINI VERGİ SUÇU İŞLEMeye YÖNELTEN ETKENLER

### 1. Vergi Denetiminde ve Vergi Eğitiminde Yaşanan Aksaklıklar

Günümüzde, çoğu ülkede olduğu gibi, ülkemizde de vergi gelirleri kural olarak mükelleflerin verdikleri beyannameler üzerinden hesaplanmakta, verilen beyannamelerin tam ve gerçeğe uygun olabilmesi, ancak tarafsız ve hukuki yani etkin bir denetim ile sağlanabilmektedir.

Toplumsal kalkınmayı hedef alan çağdaş toplumlarda denetim görevini elinde bulunduran kuruluşlar, hukukun çizdiği görev, yetki ve sorumluluk çerçevesi ile mali, sosyal, ekonomik amaçlar doğrultusunda kişi ve kuruluşların hukuka uygun hareket edip etmediğini gözetleyerek kamu düzeninde istikrarın sağlanması bakımından kontrol işlevi görmektedir.<sup>22</sup>

VUK' nun 3. maddesinin "B" bendinin 2. fıkrasına göre, "*Vergiye doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir.*" Diğer taraftan, VUK' nun 3. maddesine paralel olarak düzenlenen VUK' nun 134. maddesine göre ise, "*Vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır.*" Buna göre, delil serbestisi genel olarak 3. madde ile hüküm altına alınarak herhangi bir biçimsel sınır öngörülmemiş, gerek idarenin gerek mükellefin, işlemin doğruluğu konusunda ispat için yemin hariç her türlü delile başvurabileceği kabul edilmiştir.<sup>23</sup>

İçinde bulunulan zamanın koşullarına göre ülkenin ekonomik, sosyal ve siyasal yapısı ile tutarlı olması gereken vergi sistemi ve vergi idaresinin özellikleri ile vergi denetiminin bağdaşır nitelikte olması gerektiği ise diğer bir önem arz eden konuyu oluşturmaktadır. Buna göre, denetim kapasitesini güçlendirerek vergi denetiminde etkinliği ve verimliliği sağlamak adına kişi ve kurumlar arasındaki işbirliği yönetimi iyi planlanmalı<sup>24</sup> aynı zamanda mükellef hukukunu koruyucu ve destekleyici önlemler alınmalıdır.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Ertong, M. Ümit, "Çağdaş Denetimin Özü İnsan Sevgisidir.", **Vergi Sorunları Dergisi**, 1991, S.54, <http://www.vergisorunlari.com.tr/arsiv.aspx?dsayi=54>, Erişim Tarihi: 15.03.2013.

<sup>23</sup> Öncel-Kumrulu-Çağan, **age.**, s.204.

<sup>24</sup> Aydoğmuş, Mahmut "Vergi Denetiminde Yeni Dönem", **Vergi Sorunları Dergisi**, 2011, S.276, <http://www.vergisorunlari.com.tr/makale.aspx?makaleno=4539>, Erişim Tarihi: 15.03.2013.

<sup>25</sup> Tekin, Selçuk, "Vergi Denetiminde Yeni Dönem", **Vergi Sorunları Dergisi**,2010, S.264, s.86.

Böylece, kapsamlı ve etkili bir vergi denetimi yapılarak bir taraftan mükellefler üzerinde vergi suçu işlenmesi noktasında caydırıcı ve eğitici olunmalı, diğer taraftan vergilemede genellik ve eşitlik ilkeleri ile uyum içerisinde olunmalıdır.<sup>26</sup>

Ancak bütün bunlara rağmen, yaygın ve etkin vergi denetimi sağlanamaması halinde; mükelleflerin vergiyi ödeme konusundaki bilinç ve uyumu olumsuz yönde etkilenebilmekte ve başta vergi kaçırma olmak üzere çeşitli suç niteliği taşıyan fiillerin vukuu söz konusu olmaktadır.

Kişinin vergi ahlakı ve bilincinin bozuk olması, uygulanan vergi sisteminde yer alan bazı yapısal bozukluklar, vergi kanunlarının sık sık değişmesi ile belirli bazı boşlukların olması ve ülkenin ekonomik, sosyal yapısının her zaman göz önünde bulundurulamayışı gibi çeşitli sebeplerden dolayı ortaya çıkabilecek denetim eksiklikleri mükellefleri vergi suçu işlemeye yöneltebilmektedir.<sup>27</sup>

Bu sebeple, etkin bir vergi denetimi için denetim mekanizması; bir taraftan mükellef hukuku gözetilerek, yasalar doğrultusunda şeffaf ve hesap verilebilir olmalı diğer taraftan, mükelleflere vergi bilinci eğitim ile yerleştirilerek izlenen uyumlu maliye ve vergi politikaları ile desteklenmelidir.<sup>28</sup>

## 2. Vergi Aflarının Vergi Suçuna Etkisi

Mükellefleri vergi suçu işlemeye yönelten bir diğer etken ise mali aflardır. 1982 Anayasası'nda her ne kadar vergi affına yönelik doğrudan bir hüküm bulunmasa da gerek Anayasanın "Vergi Ödevi" başlıklı 73. maddesine göre, mali yükümlülüğü getirme yetkisinin yasama organına ait olması gerek 87. madde hükmüne göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanı yetkisine sahip olması, Türkiye'de vergi affı çıkarma yetkisinin yasama organına ait olduğunu göstermektedir.

Dolayısıyla, toplumsal barış ve kamu yararı amaçlanarak çıkartılan ve bir "yasama tasarrufu" sayılan af kanunu,<sup>29</sup> içinde bulunulan zamanın, ülke koşullarının dikkate alınmasıyla çeşitli mali, ekonomik, teknik, sosyal,

<sup>26</sup> Özşahin, Metin "Vergi Denetiminin Önemi ve Etkinliğinin Sağlanması", **Vergi Dünyası**, 1987, S.70, s.3.

<sup>27</sup> Kaçar, Yusuf, "Muhasebe ve Vergi Denetiminde Önemlilik", **Vergi Dünyası**,1999, S.214, s.143.

<sup>28</sup> Gökmen, Necdet, "Vergi Denetiminde Yeniden Yapılanmaya Şimdi Daha Fazla İhtiyaç Var", **Vergi Dünyası**,2012, S.370, s.9.

<sup>29</sup> Kılıçdaroğlu, Kemal, "Sorgulanmayan Vergi Afları", **Vergi Dünyası**, 2005, S.286,s.38.

siyasal ve psikolojik nedenlerle mükelleflere maddi ve şekli yükümlülükler getirmektedir.<sup>30</sup>

Genel af kapsamında yer alan ve mali af olarak da adlandırılan vergi afları, geçmişe yürüyerek etkilerini geçmiş olaylar üzerinde meydana getirmektedir. Devlet, vergi ile cezalandırma yetkisinden vazgeçtiği için kısa dönemli bir çözüm olarak finansman ihtiyacının karşılanmasında kamu gelirlerini artırabilmektedir. Ancak hem kasti olarak vergi kaçırıcılara, vergi suçu işleyenlere hem de çeşitli mali zorluklar içinde olan vergiye ait yükümlülüklerini yerine getiremeyen mükelleflere kolaylıklar sağlayan vergi aflarının sık sık çıkartılması, vergi aflarına verilecek önemin vergi uyumu ve vergi adaleti açısından bir kez daha gözden geçirilmesini gerekli kılmaktadır.<sup>31</sup>

Bu sebeple vergi affına yönelik gündemde yer alan en önemli konuyu, vergi mükelleflerinin ne ölçüde affa karşı duyarlı oldukları ve ne ölçüde afftan olumlu bir şekilde yararlanabildikleri oluşturmaktadır.<sup>32</sup>

Vergiye uyumu belirleyen faktörlerin başında sayılan vergi afları, her ne kadar vergi yargısı ve vergi idaresi üzerindeki iş yükünü azaltsa da<sup>33</sup> vergi aflarına politik amaçlarla sık sık başvurulması mükellef üzerinde her geçen yıl yeniden af beklentisine sebep olmakta ve toplumdan beklenen sosyal faydayı olumsuz etkileyerek<sup>34</sup> vergi kültürü erozyonuna yol açarak vergi ahlakını bozmakta ve mükellefleri daha sık vergi suçu işlemeye yöneltmektedir.<sup>35</sup>

Kayıt dışı ekonominin gittikçe ülke genelinde yaygınlık kazanmaması, affın dürüst mükellefler için ceza, vergi suçuna yönelenler için ödül olarak algılanmaması için sağlam temellere dayandırılan vergi incelemeleri ile<sup>36</sup> çıkarılacak mali aflar, ülke kalkınmasını finanse eden vergilerin etkinliğini sağlayarak toplanabilirliğini hızlandıracak, böylece sivil itaatsizlik de kontrol altına alınabilecektir.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> Şenyurt, İdris, “Türkiye’deki Vergi Aflarının Nedenleri ve Sonuçları”, **Vergi Dünyası**, 2008, S.319, <http://www.vergidunyasi.com.tr/ara.php>, Erişim tarihi: 15.03.2013.

<sup>31</sup> Bulut, Mustafa-Çalışkan, M. Seda- Bulut, Ayça, “Vergi Afları ve Vergiye Gönüllü Uyum”, **Vergi Dünyası**, 2008, S.327, s.35.

<sup>32</sup> Yumuşak, İbrahim, “Vergi Aflarının Vergi Gelirlerine Etkisi”, **Vergi Dünyası**, 1997, S.188, s.42.

<sup>33</sup> Aygün, Recep, “Vergi Afları ve Vergi Uyumuna Etkisi”, **Vergi Dünyası**, 2012, S.369,s.89.

<sup>34</sup> Yalçın, Hasan-Başer, Arif, “Türkiye’deki Mali Aflar ve Vergi Sistemi Üzerine Etkileri”, **Vergi Dünyası**, 1996, S.173, s.107.

<sup>35</sup> Yaltı, Billur, “Vergi Afları: Devlet (Siyaseten) Unutur, Bilim (Hukuku) Hatırlar”, **Vergi Sorunları Dergisi**, 2011, S.272, s.8.

<sup>36</sup> Yaraşır, Sevinç, “Vergi Afları ve Türkiye’deki Vergi Aflarının Değerlendirilmesi”, **Vergi Dünyası**, 2013, S.379, s.178.

<sup>37</sup> Atçı, Muhsin, “Vergi Afları ve Vergi Uyumu”, **Vergi Sorunları Dergisi**, 2011, S.269, s.72.

### 3. Vergi Cezalarının Caydırıcı Olmaması

Mükellefleri vergi suçu işlemeye yönelten bir diğer etken de cezaların caydırıcı nitelikte olmamasıdır. Şüphesiz suç işlenmesini önleme veya suçu kontrol altına alma hususunda caydırıcılık unsuru olarak karşımıza suçun müeyyidesi olarak cezalar çıkmaktadır. Bu çerçevede devlet otoritesi tarafından çıkartılan ve uygulamacılar tarafından icra edilen, suçun işlenmesini engellemek üzere yürürlükte bulunan cezaların caydırıcılığı önem arz etmektedir.

Ceza hukukunda cezaların amacı açısından bir değerlendirme yapacak olursak; kanunda suç olarak tarif edilen fiili işleyen kimsenin bir daha aynı veya benzer bir fiili tekrar etmemesi, diğer kimselerin suç işlememesi yahut herhangi bir kimsenin suçun işlenmesine yardımcı veya sebep olmaması için uygulanan caydırıcı nitelikteki müeyyideler denilebilir. Bu doğrultuda ceza politikaları özellikle eski dönemlerde bedene zarar verme, acı çektirme şeklinde iken günümüzde vergi hukukunda olduğu gibi hürriyeti bağlayıcı nitelikte veya maddi nitelikte olabilmektedir.

İşlenen fiilin cezalandırılması noktasında diğer hukuk dallarında olduğu gibi vergi hukukunda da cezaların caydırıcı olması bakımından öne çıkan temel unsurlar,<sup>38</sup>

- Cezanın ağırlığı,
- Cezanın kaçınılmazlığı (hiçbir suçun cezasız kalmayacağı),
- Cezanın (Hükümün) hızlı bir şekilde icra edilmesi

şeklinde ifade edilmektedir.

Cezaların caydırıcı olabilmesi adına yukarıda yer alan unsurların ne ölçüde etkin kullanılabildiği uygulamaya bakan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Cezaların ağırlığı unsuru cezanın miktar ve niteliğini belirleyen konum olması sebebiyle etkin ve kararlı bir idari karar organını gerektirmektedir. Cezaların hızlı bir şekilde icra edilmesi unsuru ise aynı niteliğe haiz denetim mekanizmasını gerektirmenin yanında yargı mercilerinin iş yükünün azaltılarak kısa sürede karar vermeleri ile gerçekleşebilecektir. Toplumda hiçbir suçun cezasız kalmayacağı olgusunun yerleşmesi ise cezaların caydırıcılığı açısından kritik öneme sahip unsur konumundadır. Kanaatimizce müeyyidesi ağır olan ve aynı zamanda hızlı fakat adil bir yargılama veya ayrıntılı bir denetim sonucunda kesin olarak uygulanacağı bilinen bir cezai müeyyide caydırıcı mahiyette olacaktır.

---

<sup>38</sup> Kızmaz, Zahir, **Ceza veya Kriminal Yaptırımların Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi**, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Afyon, C: 7, S: 2, S.A: 221-245, s.212.

Kayıt altına alınmasında güçlüklerle karşılaşılan ve kamu düzenini korumak adına çıkartılmış olan kanunlara aykırı davranılmasını ifade eden suçlara ekonomik suçlar denmekte ve vergi suçları da bu kapsamda değerlendirilmektedir.<sup>39</sup> Vergi hukukunda mükelleflerin vergi mevzuatına uymayarak kamu düzenini bozucu işlemler tesis etmeleri vergi suçu olarak ifade edilmekte ve bu suçlara karşı çeşitli cezalar verilmesi öngörülmektedir. Vergi cezalarındaki asıl amaç vergi yasalarının gereklerinin zamanında ve kurallara uygun olarak yerine getirilmesi<sup>40</sup> iken diğer yandan da caydırıcı etkilerinin olduğu/olması gerektiği yadsınamaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>41</sup> Bu doğrultuda vergi cezalarının etkin ve verimli olabilmesi için,<sup>42</sup>

- Kişinin vergi kaçırma isteğini artırmayacak ölçüde yüksek,
- Vergi kaçırma riskini göze alamayacak oranda yüksek,
- Toplum vicdanını zedeleyebilecek ölçüde yüksek,

olması gerekmektedir.

İşlenecek fiilin suç teşkil edeceğini ve cezai müeyyidesini bilmelerine rağmen o fiili işleme eğiliminde olan mükellefleri motive eden unsur muhakkak ki işleyecekleri suç sonucunda elde edecekleri ekonomik fayda veya hazzın cezanın caydırıcılığına galip gelecek oranda fazla olmasıdır.<sup>43</sup> Örneğin; VUK' un 353. maddesine göre; alış-veriş esnasında verilmesi ve alınması icabeden faturanın düzenlenmemesi bir çeşit özel usulsüzlük suçu niteliğinde olup, VUK uyarınca bu fiili işleyenlerin cezalandırılması gerekmektedir. Satıcı mükellef açısından fatura düzenlenmemesi; vergiyi doğuran işlemin gizlenmesi demek olup devlet hazinesine gidecek olan vergi gelirinin mükellefte kalması ve bu yolla mükellefin ekonomik fayda sağlaması sonucunu doğuracaktır. Diğer taraftan alıcı mükellef açısından fatura düzenlenmemesi ise; vergi ahlakının zedelenmesine sebep olacak ve nihai olarak alıcı mükellefe de yine ekonomik fayda sağlayacaktır. Bahsi

<sup>39</sup> Demirbaş, Timur, **Kriminoloji**, Geliştirilmiş İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.248.

<sup>40</sup> Öncel – Kumrulu – Çağan, **age.**, s.209.

<sup>41</sup> Göker, Cenker, **Yönlendirici Vergilendirme**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.43.

<sup>42</sup> Göker, **age.**, s.44.

<sup>43</sup> Bayraklı, H. Hasan. Saruç, Naci Tolga. Sağbaş, İsa, **Vergi Kaçırma Etkileyen Faktörlerin Belirlenmesi ve Vergi Kaçakçılığının Önlenmesi: Anket Çalışmasının Bulguları**, 19. Türkiye Maliye Sempozyumu - Antalya, Yaklaşım Yayıncılık, 2004, S.A: 204-240, s.209; Aktan, Coşkun Can. Çoban, Hilmi, "Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi Perspektiflerinden Vergiye Karşı Tutum ve Davranışları Belirleyen Faktörler", **Aktan, Coşkun Can - Dilevici, Dilek - Vural, İstiklal, Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, S.A: 137-157, s.146; Yücel, Mustafa T. **Kriminoloji**, Genişletilmiş Dördüncü Baskı, Afşar Matbaacılık, Ankara, 2008, s.215.



geçen suçun cezai müeyyidesinin miktar bazında düşük olması hali ise cezaların caydırıcılığına gölge düşürecektir.

Verilen örnekten anlaşılacağı üzere maddi nitelikteki cezaların caydırıcı olabilmesi için ilk önce cezanın kişilere maddi açıdan ağır bir külfet ifade etmesi gerekmektedir. Fakat bu noktada dikkat edilmesi gereken; cezanın amacının cezalandırma-caydırıcılık boyutunu aşarak mükelleflerin ticari hayatını sonlandıracak seviyeye ulaşmaması diğer bir ifadeyle vergi terörüne yol açmaması gereğidir.<sup>44</sup> Bu seviyeye ulaşacak cezalandırma işlemleri mükellefleri farklı arayışlara iterek, vergi kanunlarına karşı koyma noktasında uzmanlaştıracağı ve bu noktada cezaların artık caydırıcı etkisinin ortadan kalkacağı düşünülmektedir.<sup>45</sup> Örnekte verilen özel usulsüzlük suçunun cezası açısından da VUK' un 353. maddesinin 2. fıkrası ile konuya bir düzenleme getirilmiş ve bahsi geçen suçta verilecek cezanın hadlerini belirtilmiştir.

VUK' nun 339. maddesi vergi suçlarının tekerrürü halinde verilecek olan cezalara ilişkindir. Maddede yukarıda vermiş olduğumuz örnekte ifadesini bulan usulsüzlük suçuna ilişkin olarak şunlar zikredilmektedir; usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezaların kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere iki yıl içinde tekrar usulsüzlükten dolayı ceza kesilmesi durumunda ceza yüzde yirmi beş oranında artırılarak uygulanacaktır. Aynı suçun ikinci defa işlenmesine karşı cezai müeyyidenin artırılması bir caydırıcılık unsuru olarak değerlendirilebilir.

Diğer yandan cezaların varlığı ve cezaların kaçınılmaz olması hali dahi yerine göre caydırıcılık arz etmektedir. Ticari hayatın belli noktalarına ulaşmış olan mükellefler toplum nezdinde onurlarının- itibarlarının zedelenmemesi için suç işlemekten uzak durmak durumundadırlar. Öyle ki bu mükellefleri suç işlemekten asıl caydıran unsur cezaların miktarı değil varlığıdır. Bahsi geçen mertebeye yer alan bir mükellefin suç ve ceza ile karşı karşıya kalması halinde ticari itibarı zedelenecek, işleri belki de durma hatta bitme aşamasına gelebilecektir. Bu duruma düşmek istemeyen mükellefler için cezalar gerçekten caydırıcı bir nitelik arz etmektedir.

#### 4. Vergileme İlkelerinden Sapmalar

Vergilendirme ilkelerinden sapmaların meydana geldiği haller de mükellefleri vergi suçu işlemeye yönelten bir diğer etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Demokratik bir yönetime sahip olan ülkelerin dahi bireye güven sağlayan bir düzen ile idare edilmeleri ancak hukuk devleti ilkesi ile

<sup>44</sup> Tosuner, Mehmet, **Türkiye'de Vergi Kayıp ve Kaçakları Üzerine Bazı Değerlendirmeler ve Öneriler**, 11. Türkiye Maliye Sempozyumu - Gazi Magosa, Anadolu Matbaacılık, İzmir, 1995, S.A: 83-91, s.85.

<sup>45</sup> Dönmezer, Sulhi, **Kriminoloji**, Gözden Geçirilmiş Sekizinci Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994, s.67.

gerçekleşebileceğinden<sup>46</sup> 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti... sosyal bir hukuk devletidir" denilmektedir. Sosyal devlet ilkesi ve hukuk devleti ilkesinin varlığı sonucunda veya bu ilkelerin varlığı ile anlam kazanan çeşitli ilkeler vergi hukukunda vergilendirme ilkeleri olarak yer almaktadır.

Öğretide faaliyetlerinde hukuk kuralları ile bağlı olan ve yönetilen kimselerin bu hukuk kuralları ile güvence altına alındığı devlet<sup>47</sup> olarak ifade edilen Hukuk Devleti; vergi hukukunda **kanuni idare ilkesi, genellik ilkesi, eşitlik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı ilkesi ve vergi kanunlarının geriye yürümemesi ilkesi** ile ifade edilmektedir.

20. yy. da ortaya çıkan Sosyal devlet kavramı ise devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayış<sup>48</sup> olarak ifade etmektedir. 1982 Anayasanın 73. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır" ibaresi sosyal devlet ilkesinin vergi hukukuna yansıyan boyutunu ele almaktadır. Bu doğrultuda **vergilendirmede adalet ve mali güce göre vergilendirme ilkeleri** sosyal devlet ilkesinin vergi hukukunda ki ifade şekilleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmanın konusu ve kapsamı gereğince burada ele alacağımız vergilendirme ilkeleri, **genellik ilkesi, eşitlik ilkesi, adalet ilkesi ve mali güce göre vergilendirme ilkesi** olacaktır. Çalışma kapsamında bu ilkelerden sapmaların yaşanması halinde mükelleflerin suça nasıl yöneleceği ele alınacaktır.

#### A. Genellik İlkesinden ve Eşitlik İlkesinden Sapmalar

Anayasanın 10. maddesinin 1. fıkrasına göre "Herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." Aynı maddenin sonuncu/beşinci fıkrasına göre ise "Devlet organları ve idare makamları kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundadır." Anayasanın 73. maddesinin 1. fıkrasında da "**Herkes**, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür." ifadesi yer almış ve böylece genellik ve eşitlik ilkelerinin vergi hukuku alanına yansımaları temellendirilmiştir.

Hukuk devleti ilkesi, gerçek ve tüzel kişilerin temel haklarına etki edecek yasaların genel olmasını zorunlu kılmakta, genellik ilkesi de bir

<sup>46</sup> Güneş, Gülsen, **Verginin Yasallığı İlkesi**, XII Levha Yayıncılık, Güncellenmiş İkinci Baskı, İstanbul, Mart 2008, s.104.

<sup>47</sup> Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden geçirilmiş 10.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.39.

<sup>48</sup> Özbudun, Ergün, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin yayınları, Gözden Geçirilmiş On İkinci Baskı, Ankara, 2011, s.135.

toplumda yaşayan herkesin mali gücüne göre vergi yükümlüsü olmasını gerektirmektedir<sup>49</sup>. Genellik ilkesinin hayata geçirilmesinde en önemli gösterge beyannameli mükellef sayısının nüfusa oranı olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>50</sup>

Vergi sisteminde; vergi yasalarının önünde herkesin eşit görülmesi ve yasaların herkese karşı aynı şekilde eşit kullanılmasını ifade eden<sup>51</sup> kanun önünde eşitlik ilkesi eşit durumda olanların aynı (yatay eşitlik) ve farklı durumda olanların ise farklılıkları oranında eşitsiz vergilendirilmesi (dikey eşitlik) olarak iki kısımda incelenmektedir.<sup>52</sup>

Vatandaşlar arasında dil, ırk cinsiyet, siyasi ve dini düşünce gibi ölçütler ile vergilendirmeye gidilmesinin ise genellik ve eşitlik ilkelerine ters düşeceği açıktır. Hitler döneminde Almanya’da Museviler için ırk ayrımı ve siyasal amaçlarla getirilen vergi düzenlemeleri ile aynı boyutlara varmamakla beraber Osmanlı İmparatorluğu döneminde Müslüman olmayan vatandaşlara uygulanan haraç, cizye gibi yükümlülükler<sup>53</sup> ile Türkiye Cumhuriyeti Döneminde uygulanan Varlık Vergisi uygulaması bu ilkelere aykırılıklar göstermektedir.

Bahsi geçen ilkelerden sapmalar günümüzde ise temel olarak vergi muafiyeti ve vergi istisnası gibi vergi kolaylıkları ile gerçekleşmektedir.<sup>54</sup> Belli bir kesime tanınan vergi kolaylıkları zaman zaman diğer mükelleflerin tepkisini çekmekte ve bu gibi durumlarda mükellefler usulsüzlük veya vergi kaçırma suretiyle vergi suçu işlemeye yönelmektedir. Vergi suçu işleyen mükellef üzerindeki vergi yükünü bu yolla azaltmaya çalışmaktadır.

Örneğin çevresinde ki mükelleflere bir muafiyet tanınması durumunda; kendisi muafiyet kapsamına girmeyen mükellef sosyal ve ekonomik durumunu gözden geçirerek kendisinin de bu muafiyetten yararlanması gerektiğini düşünecektir. Üzerindeki vergi yükünü tasarruflarını azaltıcı bir etken olarak görececek, kullanılabilir gelirini azaltan bu vergi yükünden kurtulmanın yollarını arayacaktır.<sup>55</sup>

<sup>49</sup> Öncel-Kumrulu-Çağan, **age.**, s.40.

<sup>50</sup> Söyler, İlhami, “Vergilemede Genellik İlkesi Açısından Türk Vergi Sisteminin Değerlendirilmesi”, **Vergi Dünyası**, S:289, 1995, S.A: 124-130, s.125. Vergi mükelleflerinin nüfusa oranına Gelir vergisi açısından Türkiye de %3’tür.

<sup>51</sup> Aktan, Coşkun Can, “*İdeal Vergi Sistemi Tasarımı ve Optimal Vergileme*”, **Aktan, Coşkun Can - Dileyici, Dilek - Vural, İstiklal, Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, S.A: 11-49, s.13.

<sup>52</sup> Akbulut, Ali Rıza, “Kamu Maliyesi ve Vergi Prensipleri Açısından Vergisel Düzenlemeler”, **Vergi Dünyası**, S:260, Nisan 2007, S.A: 87-98, s.92.

<sup>53</sup> Çağan, Nami, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, s.147.

<sup>54</sup> Tosuner, **agm.**, s.86.

<sup>55</sup> Karakoç, Yusuf, **Hukuki Nedenlerden Kaynaklanan Vergi kayıp ve Kaçakları**, 19. Türkiye Maliye Sempozyumu - Antalya, Yaklaşım Yayıncılık, 2004, S.A: 90-114, s.100.

## B. Adalet İlkesinden ve Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesinden Sapmalar

Hukukun gayesi elbette ki toplum içinde adaletin tesisidir. Bu açıdan kanunların elbette ki adalet ilkesi doğrultusunda hazırlanması ve bu vesileyle toplumsal adaletin sağlanması gerekmektedir.<sup>56</sup> Vergi yükü dağılımında adaleti sağlamakla görevli olan devlet bu görevini, vergilendirme koşulları farklı kişilerin nasıl vergilendirileceği noktasında yerine getirmektedir.<sup>57</sup> Vergilendirmede adalet ilkesi vergi yasalarının yükümlülük açısından aynı ya da benzer durumda olanlara karşı aynı (yatay adalet) ve yükümlülük açısından aynı ya da benzer durumda olmayanlara ise farklılıkları oranında farklı (dikey adalet) uygulanmasını öngörmektedir.<sup>58</sup>

Vergi yüküne karşı mükelleflerin tepki göstermelerinde ki en önemli faktörlerden birisi şüphesiz vergilendirmede adalet ilkesinden sapılmasıdır. Devletin ekonomik gerekçelerle gerçekleştirmiş olduğu ve fakat mükellefler tarafından adil bulunmayan düzenlemeler sebebiyle mükellefler vergi suçu işlemeye yönelebilir.<sup>59</sup>

Örneğin serbest meslek erbabı olan bir mükellefe, kazancının tespitinde bazı giderleri hâsıllattan indirme hakkı tanınmıştır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca serbest meslek erbabı tarafından alınan mesleki yayınlar için yapılan giderler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Yatay adaletin sağlanması bu noktada ilgili maddenin tüm serbest meslek mensuplarını kapsamaması açısından gerçekleşmiş gözükmektedir. Fakat dikey adaletin sağlanması açısından, mesleki faaliyeti ile ilgili bir dergiye ait abonelik giderinin indirime tabi olup olması açısından serbest meslek erbabı ile benzer işlerde çalışan mükelleflere de benzer bir hak tanınıp tanınmadığı bu çerçevede ele alınabilir.

Malî güce göre vergilendirme ise; verginin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Herkesin kamu harcamalarına katılması amacıyla vergi ödemekle yükümlü tutulması yükümlüler arasında adaletin nasıl sağlanacağı sorusunu akıllara getirmekte ve bu soruya cevap olarak ise hukuk âleminde yer alan eşitlik ilkesinin<sup>60</sup> vergi hukukuna yansıyan yüzü

<sup>56</sup> Çobanoğlu, Rahmi, **Hukukta Gaye Problemi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1051, Sermet Matbaası, İstanbul, 1964, s.31.

<sup>57</sup> Çağan, **age.**, s.192.

<sup>58</sup> Aktan, **İdeal Vergi Sistemi Tasarımı ve Optimal Vergileme**, **agm.**, s.13.

<sup>59</sup> Yeniçeri, Harun, **Beyan Esasına Dayanan Vergilerde Vergi Kayıp Ve Kaçaklarının Psikolojik Nedenlerinin Tespitine Yönelik Bir Araştırma**, 19.Türkiye Maliye Sempozyumu - Antalya, Yaklaşım Yayıncılık, 2004, S.A: 908-927, s.910.

<sup>60</sup> Başaran Yavaşlar, Funda, **Gelir Vergilendirmesinin Temelleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.27.

olan ve vergi yükünü herkes arasında eşit dağıtmayı hedefleyen mali güce göre vergi alınması ilkesi akla gelmektedir.

Devletin zaman zaman mali güce göre vergilendirme ilkesinden sapma nedeni olarak bazı mükelleflerin vergi kaçırmaları sebebiyle ekonomiye zarar vermeleri gösterilebilir. Şöyle ki; vergi kaçırmak suretiyle vergi ödemeyenlerin paylarına düşen kamu giderleri, yasalara saygılı vatandaşların vergileri artırılmak suretiyle karşılanmaktadır.<sup>61</sup> Bunun sonucunda; yasalara saygılı, vergisini zamanında ve tam ödeyen mükellefler, mali güçlerinin çok üzerindeki vergi yüküne katlanmak suretiyle zor durumda kalmakta ve onlar da bu yükten kurtulmanın yollarını aramaktadırlar.

Mali güce göre vergilendirme ilkesi vergi hukukunda “eşitlik veya eşitsizlik ölçütü olarak işlev gören”<sup>62</sup> ve diğer yandan devletin vergilendirme yetkisini kullanırken tabi olacağı sınırları belirleyen bir ilkedir.<sup>63</sup> Örneğin doğal afet sonrasında meydana gelen zararın en kısa yoldan giderilmesi adına çıkartılan bir kanun ile<sup>64</sup>, vergi geliri kaynağında kesilmek suretiyle elde edildiği için, ücret geliri elde edenlere yönelik olarak ilave gelir vergisi talep edilmiş olsun. Bu durumun mükelleflerde ilave vergi muhatabının sadece ücret geliri elde edenler olması sebebiyle vergilendirmede adalet ilkesine aykırı bir işlem ve aynı gelirleri üzerinden bir önceki dönemde de vergi alınmış olması sebebiyle mali güce göre vergilendirme ilkesine aykırı bir işlem yapıldığı izlenimi belirecektir. Sonuç olarak mükelleflerin bir kısmı - özel sektörde çalışanlar- işvereni ile anlaşarak belki de belli bir dönem için -resmi kayıtlarda- işten çıkacak fakat aynı yerde sigortasız çalışmaya devam etmek suretiyle elde edeceği gelir için vergi ödememe yolunu seçecektir. Dolayısıyla hem devlet hazinesi zarara uğramış hem de mükellefler temel vergilendirme ilkelerinden sapılması suretiyle vergi suçu işlemeye sevk

---

<sup>61</sup> Candan, Turgut, **Yargı Kararları Işığında Vergi Kayıp ve Kaçaklarının Değerlendirilmesi**, 19.Türkiye Maliye Sempozyumu - Antalya, Yaklaşım Yayıncılık, 2004, S.A: 255-280, 275.

<sup>62</sup> Yaltı Soydan, Billur, “Vergi Adaleti”, **Vergi Sorunları**, S:119, Ağustos 1998, S.A: 98-118, s.104.

<sup>63</sup> Kıldış, Yusuf - Tekbaş, Abdullah, “Gelir Vergisi Kanununun Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, C: 2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 243, Ankara, 2009, S.A: 887-900, s.898.

<sup>64</sup> Böyle bir kanun 1999 yılında yaşanan Gölcük depremi sonrasında çıkartılmış ve Anayasa Mahkemesi nezdinde mali güce göre vergilendirme ilkesine aykırılığı savıyla iptal davası açılmıştır. E.1999/51, K.2001/63, K.G: 28.3.2001, R.G. Tarih-Sayı: 29.03.2002-24710. “26.11.1999 günlü, 4481 sayılı 17.8.1999 ve 12.11.1999 Tarihlerinde Marmara Bölgesi ve Civarında Meydana Gelen Depremın Yol Açtığı Ekonomik Kayıpları Gidermek Amacıyla Bazı Mükellefiyetler İhdası ve Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”.

edilmiş olacaktır. Yükümlüler temel vergilendirme ilkelerinden sapmaların olması halinde tepkilerini dile getirme açısından vergiye karşı bir tutum-tavır takınacak ve ilgili düzenlemeler sebebiyle uğramış olduğu kaybın telafisine çalışacaktır.<sup>65</sup>

## 5. Kamu Hizmetinden Yararlanma Düzeyi

Mükellefleri vergi suçu işlemeye yönelten etkenler arasında yer alan ele alacağımız son etken ise mükellefin ödemiş olduğu vergi ile almış olduğu kamu hizmeti arasında bağ kuramaması halidir.

İlk önce şunu belirtmek gerekir ki vergi; kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılmak amacıyla, hukuki cebir altında toplanan ekonomik değer ya da para olarak ifade edilebilir. Evet, vergi kamu hizmetlerini finanse etmek için toplanır fakat verginin tanımında yer alan pek çok önemli unsurdan birisi de vergilerin karşılıksız olmak kaydıyla toplanmasıdır. Bu doğrultuda devlet mükelleflerden vergi toplayarak onlara çeşitli kamu hizmetleri sunmakta, eğitim hizmetleri, sağlık hizmetleri ve bayındırlık hizmetleri ilk akla gelen kamu hizmetleri arasında yer almaktadır. Bu ve benzeri alanlarda yapılacak kamu harcamalarında ki savurganlık, yanlış yatırımlar, açıklanmayan transfer harcamaları ve nereye harcandığı belli olmayan kamu giderleri (örtülü ödenekler) mükellef nezdinde hoş karşılanmayacak ve mükellefleri vergi suçu işlemeye yöneltebilecektir.<sup>66</sup>

Vergisini ödeyen mükellef verginin her ne kadar karşılıksız olması gerektiğini kabul etmiş olsa da nihai olarak bir kamu hizmeti beklentisi içerisinde olacaktır. Ödemiş olduğu vergi ile almış olduğu kamu hizmeti arasında paralel bir bağ kurabilen mükelleflerin vergi suçu karşısında takındıkları tavır vergi borcunu ödemiş fakat almış olduğu kamu hizmeti ile tatmin olmayan, bahsi geçen iki unsur arasında bağ kuramayan mükellefe göre daha olumlu olacaktır.<sup>67</sup>

Örneğin vergisini zamanında ve tam ödeyen, herhangi bir vergi suçuna karışmamış olan bir işadınının çocuğunu okula yollayacağını farz edelim. Bu işadının önünde seçenek olarak kamuya ait okullar ve özel okullar bulunmaktadır. Tercih ettiği okulun kamuya ait okul olması halinde; kamuya ait eğitim kurumunu özel sektöre ait eğitim kurumları ile (sınıf mevcudu, teknolojik imkânlar, eğitim metotları, sosyal gelişim programları gibi özellikler açısından) kıyaslayacak ve genel anlamda eğitimden istemiş

---

<sup>65</sup> Aktan, Çoban, *Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi Perspektiflerinden Vergiye Karşı Tutum ve Davranışları Belirleyen Faktörler*, **agm.**, s.147.

<sup>66</sup> Yeniçeri, **agm.**, s.911.

<sup>67</sup> Bayraklı - Saruç - Sağbaş, **agm.**, s.217.

olduğu verimi alamayacağını fark edecektir. Aynı şekilde kamuya ait sağlık kurumlarından da istediği verimi alamayacağı göz önünde bulundurulursa mükellefin tercihi özel sektör lehine olacaktır. Bu durumda vergi mükellefi ödemiş olduğu vergi ile almış olduğu kamu hizmeti arasında ki bağı sorgulayacaktır.

## SONUÇ

Bir vergi sisteminin oluşturulmasında birçok teknik meselenin yanında ele alınması ve üzerinde durulması gereken bir nokta da vergilendirmenin ve sonuçlarının sosyolojik açıdan araştırılmasıdır.<sup>68</sup> Bu açıdan vergi suçları; bilhassa akademik camia tarafından, özellikle son yıllarda artan bir şekilde, sosyolojik sebepleri ve sonuçları ile ele alınmakta iken buna mukabil olarak aynı ilgiyi uygulamacılar ve asıl olarak yasa yapıcılar tarafından görüp görmediği sorgulanmaktadır.

Aslına bakılacak olursa yukarıda farklı başlıklar altında ifade etmeye çalıştığımız gibi mükellefleri vergi suçuna yönelten sosyal, siyasal ve teknik birçok etken bulunmaktadır. Bunun sebebi ise vergiye uyumun sağlanamamış olmasıdır. Vergiye uyumu sağlamak ve dolayısıyla vergi suçunu önlemek adına ilk başta yapılması gereken; neredeyse yapılmış tüm vergi tanımlarında yer alan “vergi karşılıksız olarak toplanır” ifadesine sosyal devlet ilkesi ve mükellefi vergi suçuna yönelten etkenler doğrultusunda yeni, sosyolojik bir boyut kazandırmak ve bu suretle vergi bilinci tesis edilerek vergiye uyum sağlamak olmalıdır. Etkin kamu hizmetleri vasıtasıyla vergilerin karşılığının mükelleflere hissettirilmesi bu noktada büyük önem taşımaktadır. Mükellefleri vergi suçu işlemeye yönelten temel dinamik mükelleflerin vergiyi nasıl algıladıklarıdır. Vergiyi kendisi için bir çeşit yük, devlet için ise zor kullanılarak sağlanmış bir menfaat olarak algılayan mükellefler elbette ki bundan kaçmanın-kaçınmanın yolunu arayacaktır.

Teknolojik imkânlardan da faydalanmak suretiyle vergi denetimlerinin artırılması ve suçla mücadelede etkin ve kararlı olan denetim elemanlarının istihdamı da vergi suçu işlenmesini azaltacaktır. Diğer taraftan suçla mücadelede en son başvurulması gereken af kurumu, neredeyse en çok başvurulmuş vergi borcunu sonlandıran unsur olmaktan çıkartılmalıdır.

Kanaatimizce ancak vergiye uyumu artırıcı şartların sağlanması ile mükellefler vergi suçu işlemekten alıkonulabilir. Ancak unutulmamalıdır ki vergiye uyum yani mükelleflerin vergiye karşı tutumunun değiştirilmesi uzun zaman alacak bir uğraşmayı gerektirmektedir.

<sup>68</sup> Göker, Cenker, “Vergilendirmenin Sosyolojik Etkilerini Araştırma Kurulu Önerisi”, **Vergi Sorunları Dergisi**, S.288, s.181-184.

## KAYNAKÇA

- Akbulut, Ali Rıza, “Kamu Maliyesi ve Vergi Prensipleri Açısından Vergisel Düzenlemeler”, **Vergi Dünyası**, S:260, Nisan 2007, S.A: 87-98.
- Aksoy, Şerafettin, **Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargısı Sistemi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- Aktan, Coşkun Can - Çoban, Hilmi, “Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi Perspektiflerinden Vergiye Karşı Tutum ve Davranışları Belirleyen Faktörler”, **Aktan, Coşkun Can - Dileyici, Dilek - Vural, İstiklal, Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, S.A: 137-157.
- Aktan, Coşkun Can, “*İdeal Vergi Sistemi Tasarımı ve Optimal Vergileme*”, **Aktan, Coşkun Can - Dileyici, Dilek - Vural, İstiklal, Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, S.A: 11-49.
- Arslan, Mehmet, **Vergi Hukuku**, B: 5, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Atçı, Muhsin, “Vergi Afları ve Vergi Uyumu”, **Vergi Sorunları Dergisi**, 2011, S.269, S.A: 72-80.
- Aydoğmuş, Mahmut, “Vergi Denetiminde Yeni Dönem”, **Vergi Sorunları Dergisi**, 2011, S.276, <http://www.vergisorunlari.com.tr/makale.aspx?makaleno=4539>, Erişim Tarihi: 15.03.2013.
- Aygün, Recep, “Vergi Afları ve Vergi Uyumuna Etkisi”, **Vergi Dünyası**, 2012, S.369, S.A: 88-92.
- Başaran Yavaşlar, Funda, “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları”, **Vergi Dünyası**, 2006, S. 299, S.A: 116-147.
- Başaran Yavaşlar, Funda, **Gelir Vergilendirmesinin Temelleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Baykara, Bekir, “Vergi Cezası Kesme İşleminin Hukuki Analizi”, **Vergi Dünyası**, 2004, S.278, S.A: 24-34.
- Bayraklı, Hasan Hüseyin, **Vergi Ceza Hukuku**, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayını, Afyon, 1996.
- Bayraklı, Hasan Hüseyin - Saruç, Naci Tolga - Sağbaş, İsa, **Vergi Kaçırma Etkileyen Faktörlerin Belirlenmesi ve Vergi Kaçakçılığının Önlenmesi: Anket Çalışmasının Bulguları**, 19.Türkiye Maliye Sempozyumu - Antalya, Yaklaşım Yayıncılık, 2004, S.A: 204-240.
- Bulut, Mustafa-Çalışkan, M. Seda- Bulut, Ayça, “Vergi Afları ve Vergiye Gönüllü Uyum”, **Vergi Dünyası**, 2008, S.327, S.A:29-35.



- Candan, Turgut, **Vergi Suçları ve Cezaları**, B: 3, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2010.
- Candan, Turgut. **Yargı Kararları Işığında Vergi Kayıp ve Kaçaklarının Değerlendirilmesi**, 19.Türkiye Maliye Sempozyumu - Antalya, Yaklaşım Yayıncılık, 2004, S.A: 255-280.
- Çağan, Nami, “1982 T.C. Anayasasında Vergilendirme”, **Prof. Dr. Fadıl H. Sur’ un Anısına Armağan**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1983.
- Çağan, Nami, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982.
- Çakıcı, Ömer - Ay, Hakan, “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezalarının Tabi Olduğu Hukuki Rejim”, **Vergi Dünyası**, 2001, S.242, S.A:150-159.
- Çobanoğlu, Rahmi, **Hukukta Gaye Problemi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1051, Sermet Matbaası, İstanbul,1964.
- Demirbaş, Burcu, “Vergi Ceza Hukuku’nun Anayasal Temelleri”, **Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, C. II, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2009, S.243.
- Demirbaş, Timur, **Kriminoloji**, Geliştirilmiş İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Dönmezer, Sulhi, **Kriminoloji**, Gözden Geçirilmiş Sekizinci Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994.
- Edizdoğan, Nihat - Taş, Metin- Çelikkaya, Ali, **Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Erman, Sahir, **Vergi Suçları**, Basım Atölyesi, İstanbul, 1988.
- Ertong, M.Ümit, “Çağdaş Denetimin Özü İnsan Sevgisidir.”, **Vergi Sorunları Dergisi**, 1991, S.54, <http://www.vergisorunlari.com.tr/arsiv.aspx?dsayi=54>, Erişim Tarihi: 15.03.2013.
- Göker, Cenker, “Vergilendirmenin Sosyolojik Etkilerini Araştırma Kurulu Önerisi”, **Vergi Sorunları Dergisi**, S.288, S.A:181-184.
- Göker, Cenker, **Yönlendirici Vergilendirme**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Gökmen, Necdet, “Vergi Denetiminde Yeniden Yapılanmaya Şimdi Daha Fazla İhtiyaç Var”, **Vergi Dünyası**,2012, S.370,S.A: 6-13.
- Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden geçirilmiş 10.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

- Güneş, Gülsen, **Verginin Yasallığı İlkesi**, XII Levha Yayıncılık, Güncellenmiş İkinci Baskı, İstanbul, Mart 2008.
- İçel, Kayıhan - Donay, Süheyl, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, C. I, B:3, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.
- Kaçar, Yusuf, “Muhasebe ve Vergi Denetiminde Önemlilik”, **Vergi Dünyası**,1999, S.214, S.A: 143-152.
- Karakoç, Yusuf, **Hukuki Nedenlerden Kaynaklanan Vergi kayıp ve Kaçakları**, 19.Türkiye Maliye Sempozyumu - Yaklaşım Yayıncılık, Antalya, 2004, S.A: 90-114.
- Kıldış, Yusuf- Tekbaş, Abdullah, “Gelir Vergisi Kanununun Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, C: 2,Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 243, Ankara, 2009, S.A: 887-900.
- Kılıçdaroğlu, Kemal, “Sorgulanmayan Vergi Afları”, **Vergi Dünyası**, 2005, S.286,S.A: 38-40.
- Kızmaz, Zahir, **Ceza veya Kriminal Yaptırımların Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi**, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Afyon, C: 7, S: 2, S.A: 221-245.
- Öncel, Mualla - Kumrulu, Ahmet - Çağan, Nami, **Vergi Hukuku**, B: 20, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- Özbudun, Ergün, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin yayınları, Gözden Geçirilmiş On İkinci Baskı, Ankara, 2011.
- Özşahin, Metin, “Vergi Denetiminin Önemi ve Etkinliğinin Sağlanması”, **Vergi Dünyası**, 1987, S.70, S.A:3.
- Söyler, İlhami, “Vergilemede Genellik İlkesi Açısından Türk Vergi Sisteminin Değerlendirilmesi”, **Vergi Dünyası**, S:289, 1995, S.A: 124-130.
- Şenyurt, İdris, “Türkiye’deki Vergi Aflarının Nedenleri ve Sonuçları”, **Vergi Dünyası**, 2008, S.319, <http://www.vergidunyasi.com.tr/ara.php>, Erişim tarihi: 15.03.2013.
- Şenyüz, Doğan, **Vergi Ceza Hukuku**, B: 5, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.
- Tekin, Selçuk, “Vergi Denetiminde Yeni Dönem”, **Vergi Sorunları Dergisi**,2010, S.264, S.A: 80-86.
- Tesal, Reşat D., **İktisadi, Ticari, Mali Suçlar**, Hikmet Gazetecilik Ltd. Şti, İstanbul, 1972.

- Toroslu, Nevzat- Yüksel, Ersoy, “Kanunlaşması Gereken bir Tasarı”, **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, S.A: 1-20.
- Tosuner, Mehmet, **Türkiye’de Vergi Kayıp ve Kaçakları Üzerine Bazı Değerlendirmeler ve Öneriler**, 11. Türkiye Maliye Sempozyumu - Gazi Magosa, Anadolu Matbaacılık, İzmir, 1995, S.A: 83-91.
- Ünver, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan, Hukuksal Değer**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- **Vergi Usul Kanunu ve İzahları**, Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 1949.
- Yalçın, Hasan-Başer, Arif, “Türkiye’deki Mali Aflar ve Vergi Sistemi Üzerine Etkileri”, **Vergi Dünyası**, 1996, S.173, S.A: 104-110.
- Yaltı Soydan, Billur, “Vergi Adaleti”, **Vergi Sorunları Dergisi**,1998, S.119, S.A: 98-118.
- Yaltı, Billur, “Vergi Afları: Devlet (Siyaseten) Unuttur, Bilim (Hukuku) Hatırlar, **Vergi Sorunları Dergisi**,2011,S.272, S.A:7-11.
- Yaraşır, Sevinç, “Vergi Afları ve Türkiye’deki Vergi Aflarının Değerlendirilmesi”, **Vergi Dünyası**, 2013, S.379.
- Yeniçeri, Harun, **Beyan Esasına Dayanan Vergilerde Vergi Kayıp ve Kaçaklarının Psikolojik Nedenlerinin Tespitine Yönelik Bir Araştırma**, 19.Türkiye Maliye Sempozyumu - Antalya, Yaklaşım Yayıncılık, 2004, S.A: 908-927.
- Yumuşak, İbrahim, “Vergi Aflarının Vergi Gelirlerine Etkisi”, **Vergi Dünyası**, 1997, S.188, S.A: 39-43.
- Yücel, Mustafa T. **Kriminoloji**, Genişletilmiş Dördüncü Baskı, Afşar Matbaacılık, Ankara, 2008.



*HAKEMLİ*

## **İPOTEKLİ KONUT FİNANSMANI SİSTEMİNİN İCRA VE İFLÂS KANUNU'NA GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER**

*Dr. Cenk AKİL*

### **GİRİŞ**

İnsanların konut ihtiyacı yaşamlarında çok önemli bir yer tutmaktadır. Bu nedenle devletler bireylerin bu ihtiyacını karşılamak üzere çeşitli yollara başvurmuşlardır. Bunlardan biri de ipotekli konut finansman sistemidir<sup>1</sup>. Ülkemizde de bu sistem kabul edilirken hukuk düzeninde yeknesaklığın sağlanması amacıyla çeşitli kanunlarda değişikliğe gidilmiştir. Kabul edilen bu Kanun, hukuk düzeninde uyumun sağlanması açısından çeşitli kanunlarda değişiklik yapılması ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Bu kanunlardan biri de İcra ve İflâs Kanunu'dur. Aşağıda önce ipotekli konut finansmanı sistemi üzerinde durulacak; bunu takiben de bu sistemin kabul edilmesi nedeniyle İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikler açıklanacaktır. Yapılan düzenlemenin altında yatan temel düşüncenin ipotek teminatlı olarak konut finansmanı amacıyla kişilere sağlanan kaynakların geri ödenmemesi durumunda, söz konusu ipoteklerin paraya çevrilmesi sürecinin kısıtlanması olduğu söylenebilir<sup>2</sup>.

### **I. İPOTEKLİ KONUT FİNANSMANI SİSTEMİ**

Konut finansmanı tüketicinin konut ihtiyacını giderebilmek için ivaz sağlamasıdır<sup>3</sup> ve ipotekli konut sistemi ile bireylerin kira öder gibi uzun vadeye yayılmış taksitler biçimde yapacakları ödemeler ile ev sahibi olmaları amaçlanmaktadır. Bir başka deyişle, konut finansmanının amacı konut satın almak isteyenlere, kendi konutlarını satın almak için ihtiyaç duydukları fonları sağlamaktır<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Konut finansman sistemleri hakkında bkz. CAN, Bilal, İpotekli Konut Finansmanına Yönelik Hukuki Düzenlemeler ve Diğer Ülkelerle Mukayesesi, TBBD, 2011, S. 97, s. 232 vd.

<sup>2</sup> OY, Osman, Türkiye'de Mortgage Uygulaması, İstanbul 2007, s. 147.

<sup>3</sup> KOÇAK, Duygu, Konut Finansmanı Öncesi ve Sonrası Mortgage, İstanbul 2007, s. 11.

<sup>4</sup> ALP, Ali, Modern Konut Finansmanı, Ankara 2009, s. 5. Konut finansmanının diğer amaçları hakkında bkz. OY, Osman, Türkiye'de Mortgage Uygulaması, İstanbul 2007, s. 96 vd.

Bu düşüncenin ilk yansıması 2007 yılında Toplu Konut İdaresi'ne tahvil çıkarma yetkisinin tanınmasıyla hayata geçirilmiştir<sup>5</sup>. Bu sayede devlet eliyle geniş halk kitlelerine hitap edebilecek, sağlıklı ve ucuz konut yapılması hedeflenmiş ve bu amaçla Sermaye Piyasası Kanunu'na ek hükümler getiren Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5582 sayılı Kanun<sup>6</sup> kabul edilmiştir<sup>7</sup>. Söz konusu Kanunun belli başlı amaçları, yatırımcılar ile tüketiciler arasında kurumsal bir bağ kurmak suretiyle uygun şartlarda konut kredisi sağlanması; ayrıca, belirli bir büyüklüğe ulaşmış birincil konut kredisi piyasasının gelişimine destek olacak ikincil piyasanın oluşturulmasıdır<sup>8</sup>.

Konut finansmanı sistemi, 5582 sayılı Kanunun 12. maddesiyle 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 38. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 38/A maddesinin birinci fıkrasından hareketle konut edindirmek amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılmasını kapsayan bir sistem olarak tanımlanabilir<sup>9</sup>. Bu kapsamdaki kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kullandırılan krediler de konut finansmanından sayılmaktadır. Aynı maddeye göre, konut finansmanı kuruluşları, konut finansmanı amacıyla doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ile finansman şirketleridir. Konut finansman kuruluşlarının ortak özelliği finansman sağlama işini ticari ve mesleki olarak yapmalarıdır<sup>10</sup>.

Konut finansmanı kuruluşları, Sermaye Piyasası Kurulu gözetiminde "ipotekli sermaye piyasası aracı" çıkarabilecekler, konut finansmanı fonu kurabilecekler ve konut finansmanı dışındaki alacakların menkul kıymetleştirilmesi amacıyla kurulabilecek varlık finansman fonu ile genel nitelikli bir menkul kıymetleştirme imkânına kavuşacaklardır<sup>11</sup>. Bu şekilde

---

<sup>5</sup> Konut finansmanının ülkemizdeki tarihi gelişimi hakkında geniş bilgi için bkz. ÇABRİ, Sezer, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010, s. 13 vd.

<sup>6</sup> RG. 6.3.2007.

<sup>7</sup> GÜNAL, Vural, Sermaye Piyasası Hukuku Esasları, İstanbul 2007, s. 253.

<sup>8</sup> YALÇINER, Kürşat, İpotek Karşılığı Menkulleştirilmiş Krediler, Ankara 2006, s. 35-36; ÖNAL, Yıldırım Beyazıt / TOPALOĞLU, Mustafa, İpotekli Konut Finansmanı ve Hukuku, Adana 2007, s. 312-313.

<sup>9</sup> UĞUR, Arif, Mortgage, Ankara 2007, s. 74; YONGALIK, Aynur, Konut Edindirme ve Finansmanı Sistemi Kapsamında Bilgilendirme Yükümlülüğü Açısından Kredi Hayat Sigortası (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2347-2348).

<sup>10</sup> ÇABRİ, s. 61.

<sup>11</sup> GÜNAL, s. 254.

konut finansmanı kuruluşunca temin edilen fonlar konut kredisi olarak ihtiyaç sahiplerine verilebilecektir.

Kabul edilen konut finansmanı sistemi ile konut finansmanı kuruluşları gerektiğinde başvurabilecekleri ipotek finansman kuruluşlarına alacaklarını devretmek suretiyle finansman sağlama imkânına da kavuşturulmuşlardır. İpotek finansman kuruluşları, yalnız konut finansmanından kaynaklanan alacakların devralınması, devredilmesi, devralınan alacaklardan oluşan varlıkların yönetimi ve alacakların teminat altına alınması suretiyle kaynak temini amacıyla kurulan sermaye piyasası kurumu niteliğindeki anonim ortaklıklardır. Bu kuruluşlar, her türlü sermaye piyasası aracı ihraç edebilme imkânını da haizdirler<sup>12</sup>.

## **II. İPOTEKLİ KONUT FİNANSMANI SİSTEMİNİN İŞLEMESİ İÇİN İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER**

### **1. ÖNCE REHNE MÜRACAAT KURALINA GETİRİLEN YENİ İSTİSNA**

Bilindiği üzere borçlu veya üçüncü kişiye ait taşınır ya da taşınmaz bir mal üzerinde rehin hakkı konulmak suretiyle alacağı teminat altına alınan alacaklı, borçlu iflâsa tâbi şahıslardan olsa bile, borçluya karşı önce rehmin paraya çevrilmesi yoluyla takibe girişerek alacağını tahsile çalışacaktır (İİK m. 45). Bu usul, önce rehne müracaat kuralı olarak adlandırılmaktadır<sup>13</sup>. Bu kuralın amacı rehinli alacaklının, alacağını tahsil amacıyla, borçlunun diğer alacaklılarının ortak teminatını teşkil eden, rehinli olmayan mallara yönelik icra takibi yapmalarının engellenmesidir<sup>14</sup>. Başka bir deyişle, söz konusu kural, borçlu ile borçlunun diğer alacaklılarının menfaatlerinin dengelenmesi amacıyla getirilmiştir. Zira aksi halde alacağı rehinle temin edilen alacaklı hem rehinle teminat altına aldığı alacağın sağladığı yetkileri rehinli mal üzerinde devam ettirecek hem de borçlunun diğer malları üzerinde diğer alacaklılarla birlikte takip yapma yetkisine sahip olacaktır<sup>15</sup>.

Önce rehne müracaat kuralının emredici nitelikte olup olmadığı öğretide tartışmalıdır<sup>16</sup>. Hakim görüş bu kuralı kamu düzeninden kabul

<sup>12</sup> GÜNAL, s. 254.

<sup>13</sup> MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, 4. B., Ankara 2010, s. 807; BUDAK, Ali Cem, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2010, s. 13 vd.; TUNÇ YÜCEL, Müjgan, Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, İstanbul 2010, s. 101 vd.

<sup>14</sup> BUDAK, İpotek, s. 17.

<sup>15</sup> ÇİFTÇİ, Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s. 348.

<sup>16</sup> Emredici nitelikte olduğu görüşü için bkz. KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, 3. B., C. 3, Ankara 1988, s. 2391; KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 841;

etmekte ve bu nedenle emredici nitelikte görmektedir. Bu görüşe göre kural, belirsiz sayıdaki üçüncü kişilerin hukuki menfaatleriyle ilgili olduğundan kamu düzeninden sayılmalıdır<sup>17</sup>.

Bu kuralın gerek öğreti gerekse kanun tarafından tanınmış birtakım istisnaları vardır. Kanun tarafından tanınan istisnalardan biri de 21.2.2007 tarih ve 5582 sayılı “Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”<sup>18</sup> ile 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun 45. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen hükümdür. Bahsi geçen hükme göre “2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan rehinle temin edilmiş alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığının rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir veya haciz yoluna başvurulabilir (İİK m. 45, II)”.

Hükümün gerekçesinde inşaat ve finans sektörleri ile bunlarla ilgili sektörlerin gelişimine ve bireylerin konut ihtiyacının karşılanmasına hizmet eden konut finansman sistemine işlerlik kazandırılabilmesini teminen, kredi, finansal kiralama ve benzeri finansal işlemlere esas ipotekle temin edilmiş alacakların takibinde süreci kısaltmak ve alacaklının alacağını tahsil edebilmesini kolaylaştırmak amacıyla, İcra ve İflâs Kanunu’nun, rehinle temin edilmiş bir alacağın öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip edilebileceğini öngören genel kuralına istisna getirilerek, alacaklıya ipotekle

---

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, İcra ve İflâs Hukuku, 25. B., Ankara 2011, s. 416; ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. B., İstanbul 2004, s. 308; PEKCANİTEZ, Hakan, İpoteğin Paraya Çevrilmesi İle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, 2000/33, s. 44; PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 9. B., Ankara 2011, s. 424; KILIÇOĞLU, Evren, İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005, s. 138 vd.; AŞIK, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 136; UYAR, Talih, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 3, 3. B., Ankara 2004, s. 3538. Aksi görüş için bkz. ARAR, Kemal, İcra ve İflâs Hukuku, 2. B., İstanbul 1948, s. 97; ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk ve İcra ve İflâs Usulleri, 5. B., Ankara 1960, s. 176; POSTACIOĞLU, İlhan, İcra Hukuku Esasları, 4. B., İstanbul 1982, s. 552; OSKAY, Mustafa / KOÇAK, Coşkun / DEYNEKLİ, Adnan / DOĞAN, Ayhan, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2007, s. 854; BUDAK, İpotek, s. 47; GÜRDOĞAN, İpotek, s. 6; ERYILMAZ, Ahmet, Öncelikle Rehnin Paraya Çevrilmesi Emredici midir? (İİK. 45/I, C.1), İBD, 1984/10-11-12, s. 654; BERKİN, Necmeddin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 375-376. Anılan son yazara göre rehnin tesisinden sonra alacaklının rehin üzerindeki hakkından tek taraflı feragati ile rehin hakkının ve buna dayanan alacağın önce rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibi mecburiyetinin sona erdiği kabul edildiğine göre alacaklının önce rehne müracaat mecburiyetini kaldıran sözleşmenin de geçerli olacağını kabul etmek gerekir (BERKİN, s. 376).

<sup>17</sup> ATALAY, s. 155.

<sup>18</sup> RG. 6.3.2007, S. 26454.



temin edilmiş alacağın takibinde haciz yoluna başvurabilme seçeneğinin de sunulduğu; alacaklının yalnızca haciz yoluyla takip yapabileceği gibi bu yolun seçilmesi halinde (varsa) bakiye alacak için rehnin paraya çevrilmesi yoluna da başvurabileceği dile getirilmiştir<sup>19</sup>.

Şu halde, konut finansmanından kaynaklanan rehinle temin edilmiş alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde önce rehne müracaat kuralına bir istisna getirilmiş ve rehinle temin edilmiş söz konusu alacakların takibinde alacaklı önce rehne müracaat etmek zorunluluğundan kurtarılmıştır. Alacaklı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe girişebileceği gibi isterse önce rehne müracaat etmek yerine haciz yoluyla takip de başlatabilir<sup>20</sup>. Getirilen hükmün lafzı dikkate alındığında alacaklının, borçlu iflâsa tâbi bile olsa iflâs yoluyla takip yapmasının mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir. Zira söz konusu hükümde alacaklının "rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabileceği veya haciz yoluna başvurabileceği" ifade edilmiştir<sup>21</sup>. Öte yandan alacaklı bu iki yol arasında seçim yapmak mecburiyetindedir. Diğer bir deyişle, alacaklı, haciz yoluyla takip yaptı ise bu takibin sonuçlanmasını bekleyecek ve varsa bakiye alacağı için aciz vesikası aldıktan sonra rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilecektir<sup>22</sup>. Yoksa Yargıtay'ın uygulamada kabul ettiği üzere<sup>23</sup> "tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla" her iki takip yoluna aynı anda başvuramayacaktır. Şu halde, alacaklı, öncelikle haciz yoluyla takip yaptıysa aciz vesikası almadan rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvuramayacak; öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurmuş olması durumunda ise geçici rehin açığı belgesi almadan haciz yoluyla takip başlatamayacaktır<sup>24</sup>.

Taninan bu istisna sayesinde konut finansmanı kredisi kullanarak konut satın alan tüketici ya da yatırımcı borcunu ödemediğinde konut kredisi kuruluşu, alacağını daha hızlı ve seri yöntem ile takip ederek tahsilât yapabilecektir<sup>25</sup>. Getirilen bu düzenleme sadece konut finansmanı

<sup>19</sup> KURU / ARSLAN / YILMAZ, Kanun, s.67, dn. 20.

<sup>20</sup> MUŞUL, s. 815.

<sup>21</sup> BUDAK, İpotek, s. 32.

<sup>22</sup> BUDAK, İpotek, s. 32.

<sup>23</sup> Örneğin bkz. 12. HD., T. 22.04.2008, E. 2008/5738, K. 2008/8495 (ÖZATA, Ahmet / SÜPHANDAĞ, Yavuz, İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Taşınmaz Satışında Uygulamalar, Ankara 2010, s. 20); "... İİK.nun 45. Maddesi gereğince rehin ile temin edilmiş bir alacağın borçlusunu iflâsa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı, yalnız rehninin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Ancak, rehinin tutarı borcu ödemeye yetmezse alacaklı kalan alacağını iflâs veya haciz yolu ile takip edebilir...(Ö)zellikle takip konusu alacağın rehin tutarı ile karşılanmayacağına belirgin olması karşısında, tüm alacak için tahsilde tekerrür olmamak kaydı ile haciz yolu ile takip yapılmasında usulsüzlük bulunmadığı..." (12. HD, T. 20.06.2006, E. 2006/10539, K. 2006/13274: ÖZATA / SÜPHANDAĞ, s. 23).

<sup>24</sup> BUDAK, İpotek, s. 32.

<sup>25</sup> ÖNAL / TOPALOĞLU, s. 328; ERİŞ, Hayati, Bireysel Krediler Kapsamında İpotekli Konut Kredileri ve İşlevsellik Koşulları, İstanbul 2008, s. 48; ADIGÜZEL, Burak, İpotekli

kuruluşlarının menfaatlerini gözetmesi ve bu itibarla diğer alacaklıların aleyhine bir hüküm olması hasebiyle eleştirilmiştir<sup>26</sup>. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, söz konusu hüküm, kanunların genelliği esası ve kişiye özel kanun hükmü olamayacağı ilkesi karşısında Toplu Konut İdaresi'nin isminin açıkça zikredilmesinden dolayı Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur<sup>27</sup>. Bu görüşe göre konut finansmanından kaynaklanan ve rehinle temin edilmiş olan alacakların cebri icra yoluyla takibinde İcra ve İflâs Kanunu'na istisna getirmek yerine, özel kanunlarda düzenleme yapılması daha doğru olur<sup>28</sup>. İpotekli konut finansman sisteminin ayakta durabilmesi verilen kredilerin geri ödemelerinin zamanında yapılmasına bağlıdır. Çünkü finansman kurumları da vermiş oldukları kredileri borçlanmak suretiyle temin etmektedirler. Geri ödemelerin zamanında yapılmaması finansman kurumlarının iflâsa sürüklenmesine yol açabilir. Öte yandan, Toplu Konut İdaresi'nin görevleri ve bunun toplum açısından oynadığı rol dikkate alındığında istisnanın kamu yararı düşüncesiyle<sup>29</sup> tanındığı söylenebilir. Bu nedenle İİK m. 45, II hükmü ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı için tanınan istisnanın Anayasa'ya aykırı olmadığı kanısındayız.

Getirilen düzenlemeye yönelik başka bir eleştiri ise İİK m. 45 son fıkra mevcut iken böyle bir ilaveye ihtiyaç olup olmadığıdır. Zira İİK m. 45, son fıkra uyarınca ipotekle temin edilmiş faiz ve senelik taksit alacakları için alacaklının seçimine ve borçlunun sıfatına göre, rehnin paraya çevrilmesi veya haciz yahut iflâs yollarına başvurulabilir. Türk hukuk öğretisinde hükümde geçen "senelik taksit" tabiri ile meblağı ne olursa olsun her türlü senelik taksit alacağından dolayı âdi takip yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Buna karşılık, son fıkra hükmü ile alacağın tümüne yönelik bir istisna getirilmediği için iki hükmün düzenleme alanının aynı olmadığı sonucuna da varmak mümkündür. Buna gerekçe olarak 5582 sayılı

---

Sermaye Piyasası Araçları, İstanbul 2008, s. 88; ATALAY, Oğuz, İcra İflâs Hukukunda Mortgage Sisteminin Yansıması, Finans Hukuku ve Sorunları, Finans Hukuku Panelleri, Mortgage, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2007, s. 155; TUNÇ YÜCEL, s. 134; İNAL, s. 354.

<sup>26</sup> ATALAY, s. 156; TUNÇ YÜCEL, s. 134.

<sup>27</sup> ATALAY, s. 156. İcra hukukunda eşitlik ilkesinin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda geniş bilgi için bkz. ÖZEKES, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 190 vd.; ÇİFTÇİ, s. 69 vd.

<sup>28</sup> ATALAY, s. 156.

<sup>29</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de bugüne kadar vermiş olduğu kararlarda kamu yararı amacıyla yapılan bazı düzenlemelerin eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceğinin sonucuna varmıştır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, s. 186 vd.

<sup>30</sup> GÜRDOĞAN, Burhan, Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukuklarında Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967, s. 14; POSTACIOĞLU, İcra, s. 550, dn. 3; ADIGÜZEL, s. 88-89.

Kanunu'nun 1. maddesinin gerekçesinden yararlanmak mümkündür. Nitekim hükmün gerekçesinde alacaklıya anılan işlemlere esas olan ipotekle temin edilmiş alacağın tümü için takipte haciz yoluna başvurma hakkı tanınmış ve belirtilen şartları taşıyan alacağın sahibine rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip ile birlikte, haciz yoluna başvurma da hakkının öngörüldüğü ifade edilmiştir. O halde, haciz yolunun seçilmesi durumunda bakiye alacak için rehnin paraya çevrilmesi yoluna da başvurulabilecektir. Hâlbuki son fıkra gereğince alacaklı ipotekle temin edilmiş olan faiz veya haciz yolu ile takip yapmak arasında tercihini belirledikten sonra bundan dönmemektedir<sup>31</sup>.

## 2. KIYMET TAKDİRİNİ DÜZENLEYEN HÜKME YAPILAN EK

Bilindiği üzere mahcuz taşınmaz açık artırma ile paraya çevrilir<sup>32</sup>. İcra müdürü satışa başlamadan önce taşınmaz üzerindeki mükellefiyetlerin bir listesini yapar. Hazırlanan mükellefiyetler listesi icra müdürü tarafından haciz koydurmuş alacaklılar ile borçluya tebliğ edilir ve itirazlarını bildirebilmeleri için onlara üç gün süre verilir (İİK m. 128, I). Yapılan itirazlar incelendikten ve mükellefiyetler listesi kesinleştikten sonra icra müdürü, mahcuz taşınmazın kıymetini bilirkişiye takdir ettirir<sup>33</sup>. Böylelikle taşınmazın gerçek kıymeti belirlenir. Taşınmazların kıymetlerinin isabetli, süratli ve güvenilir bir biçimde takdiri konut finansman sisteminin gelişimi, kentleşme politikalarının düzenli bir biçimde sürdürülebilmesi açısından büyük bir öneme sahiptir. Konut finansman sisteminin iyi işlemesi için taşınmazların kıymetini takdir edecek uzmanların objektif iyi niyet kuralına (TMK m. 2, I) sadık kalmaları ve kamuda bu yönde bir kanaatin oluşması önem arz etmektedir<sup>34</sup>. Nitekim bu düşüncelerle 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 40/D hükmü uyarınca Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği ihdas edilmiştir. Gayrimenkul değerlendirme uzmanlığı lisansına sahip olan kimselerin Türkiye Değerleme Uzmanlığı Birliği'ne üye olmaları zorunlu hale getirilmiştir<sup>35</sup>. Konut finansman sisteminin işleyişinde gerekli

<sup>31</sup> KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. III, Ankara 1993, s. 2389; ADIGÜZEL, s. 89.

<sup>32</sup> MUŞUL, s. 701.

<sup>33</sup> MUŞUL, s. 701.

<sup>34</sup> İNAL, s. 357.

<sup>35</sup> Lisans sahibi, lisans almaya hak kazandığının kendisine tebliğinden itibaren üç ay içinde gerekli başvuruyu yapmakla yükümlüdür. Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği'ne başvurmayanların lisansı, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından iptal edilecektir. Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği, alacağı kararlarda ve yapacağı düzenlemelerde, Sermaye Piyasası Kanunu'na, Sermaye Piyasası Kurulu'nun yönetmelik, tebliğ ve kararlarına ve ilgili diğer mevzuata uymakla yükümlüdür. Üyeler, Birlik Statüsüne ve Birlik tarafından alınacak kararlara uymak zorundadırlar (2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 40/D). Birliğin organları, gelirleri, giderleri ve çalışma esasları, üyeliğe kabul, üyelikten geçici ve sürekli

olan kıymet takdiri değerlendirme kurumlarına veya kuruma bağlı olmayan uzmanlara yaptırılabilir<sup>36</sup>.

Taşınmazın önceden takdir edilen kıymetini etkileyen mükellefiyetlerin ortaya çıkması halinde, icra dairesi satışa esas olmak üzere taşınmazın kıymetini yeniden takdir ettirir. Kıymet takdirine ilişkin rapor borçluya, haciz koydurmuş alacaklılara ve diğer ipotekli alacaklılara tebligatın yapıldığı icra dosyasındaki, ayrıca bildirilmiş bulunması hali müstesna olmak üzere, tapudaki mevcut adresleri esas alınmak suretiyle tebliğ edilir (İİK m. 128, I-II). 21.2.2007 tarih ve 5582 sayılı Kanununun 2. maddesi ile söz konusu maddeye bir fıkra daha eklenmiştir. Buna göre, icra dairesi, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 38/A, I hükmünde tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde, satışı istenen taşınmaz için kıymet takdirini, aynı Kanununun 22. maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi uyarınca yetki verilmiş kişi veya kurumlara yaptırır<sup>37</sup>.

---

çıkarma esasları, Sermaye Piyasası Kurulu'nun önerisi ve ilgili Devlet Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine, Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlükte konulan statüsünde düzenlenecektir. Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği, Statüsünün yürürlüğe girmesiyle tüzel kişilik kazanmaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu, Birliğin talebi üzerine veya resen gerekli görülen hallerde, Birliğin görüşünü alarak, Statüde değişiklik yapılmasını, Başbakan tarafından görevlendirilen Devlet Bakanlığı'na teklif edebilecektir. Statü, bu teklifin ilgili Bakanlık tarafından uygun görülmesi ve Bakanlar Kurulu kararı ile değiştirilebilecektir (2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 40/C).

<sup>36</sup> İNAL, s. 357.

<sup>37</sup> Hükümün gerekçesi şu şekildedir: “Konut finansman sisteminin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi, alacakların takip sürecinin hızlı ve sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesini gerektirmektedir. Bu süreçte hak sahiplerinin haklarının doğru ve süratli olarak belirlenebilmesi açısından, kıymet takdiri yapan kişi ve kurumların taşınmaları gereken nitelikler ile çalışma usul ve esaslarının sağlam kurallara bağlanması zorunludur. Sermaye piyasası mevzuatında gayrimenkul değerlendirme faaliyetinin kimler tarafından yürütülebileceği ve bu kişilerin taşınması gereken nitelikler, değerlendirme faaliyetini yürüten kişi ve kurumların çalışma esasları, raporlama standartları ve değerlendirme ilkeleri belirlenerek, bu esaslara aykırılıkların yaptırımları düzenlenmiştir. Ayrıca, değerlendirme hizmeti verebilecek kurumlar, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından listeye alınmakta ve yine Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bu faaliyeti yürütebilecek değerlendirme uzmanları, sınava tabi tutularak lisans verilmekte ve bu kişilerin sicilleri tutulmaktadır. Kanun hükmünde belirtilen kıymet takdirlerinin Sermaye Piyasası Kurulu tarafından listeye alınmış kurumlar veya Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemelerine göre lisans almış kişiler tarafından yapılması hizmetin kalitesini artıracak gibi, kıymet takdirine itirazları azaltacak ve takip sürecinin kısılmasına katkıda bulunarak konut finansman sistemine olan güveni artıracaktır. Madde hükmü çerçevesinde, bu görev, değerlendirme kurumlarına verilebileceği gibi, herhangi bir kuruma bağlı olmayan değerlendirme uzmanlarına da verilebilecektir.” (KURU / ARSLAN / YILMAZ, Kanun, s. 128, dn. 77).

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 22, I-r hükmüne göre ise, Sermaye Piyasası Kurulu gayrimenkullerin değerlemesini yapabilecek değerlendirme kurumlarından sermaye piyasasında değerlendirme faaliyetinde bulunacaklara ilişkin şartları belirlemek ve bu şartlara uyan değerlendirme kurumlarını listeler halinde ilân etmek; Sermaye Piyasası Kanunu m. 38/A, I hükmünde tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde ve m. 38/A, IV hükmü çerçevesinde yapılacak değerlemelerde, ilgili taşınmaz için değerlendirme yapacak kişi ve kurumlara ilişkin şartları belirlemek ve bu şartlara uyan kişi ve kurumları listeler halinde ilân etmekle yükümlüdür<sup>38</sup>. Kurul, ayrıca, ihraç edilecek ipotekli sermaye piyasası araçlarının dayanağı veya teminatı olan kredi ve finansal kiralama alacakları için, kredi açılması veya finansal kiralama sözleşmesi yapılması, bu alacakların konut finansman fonu portföyüne alınması ya da ipotek teminatlı menkul kıymetlere dayanak oluşturan teminat havuzuna dâhil edilmesi veya fon portföyüne alınan veya teminat havuzuna dâhil edilen alacakların yeniden değerlemesi aşamalarında, konut değerlemesinin gayrimenkul değerlendirme faaliyeti konusunda yetki verilmiş kişi veya kurumlar tarafından yapılmış olmasını zorunlu tutmaya yetkilidir (Sermaye Piyasası Kanunu m. 38/A, IV).

Gayrimenkul değerlendirme hizmeti verecek, Gayrimenkul Değerleme Şirketlerine ilişkin esasları belirlemek ve listeler oluşturmak, Sermaye Piyasası Kanunu'nun m. 38/A, IV hükmü çerçevesinde yapılacak değerlendirme faaliyetine ilişkin esasları düzenlemek ve değerlendirme raporu standartlarını belirlemek maksadıyla, Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Gayrimenkul Değerleme Hizmeti Verecek Şirketler ile bu şirketlerin Kurulca Listeye Alınmalarına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m. 1 hükmü düzenlenmiştir. Sermaye Piyasası Kurulu tarafından listeye alınan Gayrimenkul Değerleme Şirketleri'nin sermaye piyasası mevzuatı uyarınca yaptıkları değerlendirme faaliyeti dışında kalan değerlendirme faaliyetleri ise işbu Tebliğ'in kapsamı dışında bırakılmıştır<sup>39</sup>.

Getirilen yeni düzenleme ile alışılmış bilirkişilik kurumu terk edilmiş; konut finansmanından kaynaklanan alacaklara ilişkin olarak kıymet takdiri yapacak bilirkişiler belli bir standarda kavuşturulmuştur. Böylelikle bilirkişi raporlarına yapılan itirazlar da ortadan kalkacaktır. Çünkü bu kurum ve kişilerin kamu güvenine mazhar, çok sıkı denetime ve sorumluluğa tâbi olmaları hasebiyle verdikleri raporlar da diğer bilirkişilere nazaran çok daha nitelikli olacaktır<sup>40</sup>. Bu nedenle söz konusu kurum ve kişilerin hazırladıkları raporlara ve kıymet takdirlerine karşı itiraz yolu kapatılmalıdır<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> İNAL, s. 357.

<sup>39</sup> İNAL, s. 359.

<sup>40</sup> ATALAY, s. 157-158.

<sup>41</sup> ATALAY, s. 158.

### 3. KIYMET TAKDİRİNE İLİŞKİN ŞİKÂYETİ DÜZENLEYEN HÜKÜMDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Bilindiği üzere üzerine haciz konulmuş bulunan taşınmazın açık artırmaya çıkarılmasından önce kıymeti icra dairesi tarafından takdir ettirilir ve takdir edilen kıymet ilgililere tebliğ edilir. İlgililer raporun tebliğinden itibaren yedi gün içinde raporu düzenleyen icra dairesinin bulunduğu yerdeki icra mahkemesinde şikâyette bulunabilirler. Şikâyetin dinlenebilmesi için şikâyet tarihinden itibaren yedi gün içinde gerekli masraf ve ücretin mahkeme veznesine yatırılması gerekir. Aksi halde şikâyet başvurusu reddedilir (İİK m. 128/a, I).

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun m. 38/A, I hükmünde tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde, birinci fıkraya uyarınca yaptırılmasına karar verilen bilirkişi incelemesi, aynı Kanunun m. 22/I-r bendi uyarınca yetki verilmiş kişi veya kurumlara yaptırılacaktır. Kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemeyecektir. Ancak, doğal afetler ile imar durumunda çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hallerde yeniden kıymet takdiri istenebilecektir. Kıymet takdirine ilişkin şikâyet yetkisiz icra mahkemesince yapılırsa, icra mahkemesi evrak üzerinde inceleme yaparak başvuru tarihinden itibaren en geç on gün içerisinde yetkisizlik kararı verecektir. İcra mahkemesinin verdiği kararlar kesindir (2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 22/I-r)<sup>42</sup>.

Hükmün gerekçesinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 128. maddesini çerçevesinde yapılan kıymet takdirine ilişkin olarak, icra mahkemesince yapılan şikâyet üzerine icra mahkemesinin yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar vermesi halinde, söz konusu incelemenin Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi uyarınca yetki verilmiş kişi veya kurumlara yaptırılması gerektiği; bu görevin değerlendirme kurumlarına verilebileceği gibi herhangi bir kuruma bağlı olmayan değerlendirme uzmanlarına da verilebileceği; kanun hükmünde belirtilen bilirkişi incelemesinin Sermaye Piyasası Kurulu tarafından listeye alınmış kurumlar veya Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemelerine göre lisans almış kişiler tarafından yapılmasının, hizmetin kalitesini artıracak gibi takip sürecinin kısılmasına katkıda bulunarak konut finansman sistemine olan güveni artıracak ifade edilmiştir<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> İNAL, s. 362.

<sup>43</sup> KURU / ARSLAN / YILMAZ, Kanun, s. 129, dn. 80.

Kabul edilen bu hüküm sayesinde kıymet takdiri Sermaye Piyasası Kurulu tarafından listeye alınmış kurumlar veya uzman bilirkişiler tarafından yapılacağından ilgililer de kıymet takdirinin gereği gibi yapılacağı hususunda bir güvenceye kavuşmaktadırlar<sup>44</sup>.

#### 4. İHALENİN FESHİ TALEBİNİ DÜZENLEYEN HÜKME YAPILAN EK

Mahcuz malların paraya çevrilmesi amacıyla yapılan ihalenin Kanunda gösterilen sebeplere binaen (İİK m. 134) feshi<sup>45</sup> talep edilebilir. İhalenin feshinin talep edilmesi hak arama özgürlüğünün görünüm biçimlerinden biridir. Ancak fesih hakkının kullanılması ile ihalenin kesinleşmesi gecikmektedir. Bunu öngören kanun koyucu İİK m. 134, II, c. 4 hükmü ile ihalenin feshi talebinin reddedilmesi durumunda davacının icra mahkemesi tarafından feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkûm edileceğini kabul etmiştir. Ancak bunun için işin esasına girilmiş olması gerekmektedir (İİK m. 134, II, c. 5).

Kanun koyucu 5582 sayılı Kanun ile konut finansmanından kaynaklanan alacaklar bakımından ihalenin feshi yoluna başvurulmasını biraz daha güçleştirmiş ve İcra ve İflâs Kanunu'nun ihalenin neticesi ve feshi başlıklı 134. maddesinin ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere 5582 sayılı Kanunun 4. maddesi ile şu hüküm (üçüncü fıkra olarak) eklenmiştir: “2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde, ikinci fıkrada yer alan oran yüzde yirmi olarak uygulanır (İİK m. 134, III)”. İhalenin feshi taleplerinde geçerli olan para cezası oranı artırılmak suretiyle sırf takibi yavaşlatmak amacıyla yapılan kötü niyetli ihalenin feshi taleplerinin önüne set çekilmeye çalışılmıştır<sup>46</sup>.

Belirtmek gerekir ki, bu değişiklik yapılmadan önce de mevcut hüküm eleştirilmekteydi. Zira bu düzenleme nedeniyle ihalenin feshi talep edildiğinde ne alacaklı alacağına kavuşabilmekte ne de alıcı ihalenin feshi prosedürü devam ettiği müddetçe taşınmazı kullanılabilmekteydi. İhalenin feshi talebi reddedildiğinde ise alacaklıya zararı tazmin edici bir tazminat öngörülmediği gibi ihaleyi kazanıp da kendisine taşınmaz teslim edilmemiş alıcının mağduriyetini giderici bir düzenlemeye de gidilmemiştir. Buna

<sup>44</sup> İNAL, s. 7. İlgili hükmün lafzı dikkate alındığında satışı istenen taşınmazın kıymetinin maddede sayılanların dışında kalan kişilerce takdiri mümkün değildir (ADIGÜZEL, s.89).

<sup>45</sup> İhalenin feshi hakkında geniş bilgi için bkz. ARSLAN, Ramazan, İcra-İflâs Hukukunda İhale, Ankara 1984, s. 23 vd.

<sup>46</sup> ADIGÜZEL, s. 91.

karşılık, ihalenin feshi talebinin reddi halinde devlete % 10 oranında para cezası ödenmektedir. Dolayısıyla, söz konusu hükmün, haksız ihalenin feshi talebinden olumsuz yönde etkilenen ilgililerin menfaatine hizmet ettiği söylenemez<sup>47</sup>. Benzer şekilde, para cezasının ihale bedeli üzerinden hesaplanıyor olması da eleştiriye açıktır. Zira çok cüzi bir alacağa sahip alacaklının ihalenin feshi talebinin reddedilmesi durumunda bu kişinin para cezası olarak ödeyeceği meblağ bazı hallerde kendi alacağını dahi aşmaktadır. Bu nedenle eğer eski düzenlemede ısrar edilecekse para cezasının ihalenin feshini isteyen alacaklının alacağıyla orantılı bir biçimde hesaplanması yönünde bir değişikliğe gidilmesi uygun olacaktır<sup>48</sup>.

Konut finansmanından kaynaklanan alacaklara ilişkin olarak ihalenin feshi talep edildiğinde bu talebin reddi durumunda para cezasını % 20 olarak belirleyen bu düzenlemenin hak arama hürriyeti ile ne derece bağdaştığı üzerinde de kısaca durmak gerekir. Bilindiği üzere hak arama hürriyetinin “*yargıya (yargı hizmetine) ulaşılabilirliğin sağlanması*” ve “*yargılamada ilgililere dinlenilme hakkının (söz hakkının) tanınması*” olmak üzere iki vechesi vardır<sup>49</sup>. Bunlardan birincisi ile haklarını mahkeme önünde ileri sürmek isteyen her kişiye, aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın, bu olanaktan yararlanabilme yolunun açık tutulması kastedilmektedir<sup>50</sup>. Özellikle hak arama hürriyetinin kanunen sınırlanmamış olduğu, diğer bir deyişle, bu konuda kanuni bir sınırlamaya yer verilmediği<sup>51</sup> ve bu hakkın niteliği gereği sınırlamaya en az elverişli haklardan biri olduğu<sup>52</sup> dikkate alındığında para cezasının % 20’ye çıkarılmış olmasının bu hürriyeti zedeleyecek nitelikte olduğu söylenebilir.

Bahsi geçen düzenleme bir başka açıdan daha eleştirilmiş ve getirilen düzenleme ile Toplu Konut İdaresi’nin alacaklı olduğu durumlarda % 20; diğer alacaklılar için yapılan takiplerde ise % 10 tazminat öngörülmesinin Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür<sup>53</sup>.

Anlatılan bu gerekçelerle söz konusu hükümde değişikliğe gidilmesi isabetli olacaktır. Yapılacak düzenlemede para cezası ihalenin feshi talebinin reddedilmesine değil, başvurunun kötü niyetli olarak yapıldığının anlaşılmasına bağlanmalıdır. Zira bir başvurunun kötü niyetli olarak

---

<sup>47</sup> ATALAY, s. 159.

<sup>48</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 340.

<sup>49</sup> BUDAK, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Hakkının Korunması, İstanbul 2000, s. 6.

<sup>50</sup> BUDAK, Üçüncü Kişiler, s. 6.

<sup>51</sup> SAĞLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Ankara 1982, s. 61.

<sup>52</sup> SAĞLAM, s. 104, 106

<sup>53</sup> ATALAY, s. 160.



yapılması ile başvuru sonucunda haksız çıkmak her zaman aynı şeye tekabül etmez. Bu nedenle başvurusunda haksız çıkan tarafın, alacağına kavuşmakta gecikmesinden dolayı karşı taraf (alacaklı) lehine götürü bir tazminata mahkûm edilmesi daha doğru olur<sup>54</sup>.

##### **5. İCRA MAHKEMESİNİN İCRANIN GERİ BIRAKILMASI KARARINA KARŞI YAPILAN İTİRAZDA GÖSTERİLMESİ GEREKEN TEMİNAT MİKTARININ ARTIRILMASI**

5582 sayılı Kanununun 5. maddesi ile İİK m. 149/a hükmüne yapılan ek ile konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde icra mahkemesinin icranın geri bırakılması kararına karşı yapılan itirazda gösterilmesi gereken teminatın oranı artırılmıştır. İlave hükme göre 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde, ikinci fıkrada yer alan oran yüzde otuz olarak uygulanır. İstinaf<sup>55</sup> talebinin reddi halinde, teminat olarak alınan tutarın yarısı tazminat olarak alacaklıya ödenir. Alacaklının satış talebinden sonra takdir edilen ve kesinleşen kıymete göre, merhunun alacağı karşılamayacağı anlaşılırsa kalan tutar teminatın geriye kalan kısmından karşılanır, varsa teminatın kalan kısmı teminatı yatırıma iade edilir (İİK m. 149/a, III)<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> ATALAY, s. 160.

<sup>55</sup> Her ne kadar kabul edilen metinde istinaftan bahsedilmiş ise de istinaf henüz fiilen uygulanmaya başlamadığından bunu temyiz olarak anlamak gerekir. Çünkü 26.9.2004 tarih ve 5235 sayılı Kanunu'nun geçici 2. maddesi ile istinaf mahkemelerinin kuruluşlarının, yargı çevrelerinin ve tüm yurtda göreve başlayacakları tarihin Resmi Gazete ile ilan edileceği öngörülmüşse de bu mahkemelerin faaliyete geçecekleri tarih henüz belirlenmemiştir. 12.1.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesinin birinci fıkrası uyarınca istinaf mahkemelerinin göreve başladıkları tarih Resmi Gazete'de ilân edilinceye kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun temyize ilişkin hükümleri uygulanmaya devam edilecektir.

<sup>56</sup> Hükümün gerekçesinde konut finansmanı amacıyla kredi finansal kiralama ve benzeri finansal işlemlere esas ipotekle temin edilmiş alacakların tahsilatının hızlandırılabilmesi amacıyla, ipoteğin paraya çevrilmesi sürecinde icranın geri bırakılması hakkındaki talebin reddine ilişkin icra mahkemesi kararını temyiz eden borçlunun, satışı durdurabilmesi için yatırması gereken teminat oranı takip konusu alacağın yüzde onbeşinden yüzde kırka çıkarıldığı; bu suretle bu tür taleplerin kötü niyetli olarak kullanılmasının önlenmesinin amaçlandığı; temyiz talebinin reddedilmesi durumunda, merhunun takdir edilen ve kesinleşen değerinin alacağı karşılamaya yetmeyeceğinin anlaşılması halinde, kalan tutarın, yatırılan teminattan karşılanacağı, varsa teminatın kalan kısmının teminatı yatırıma iade edileceği dile getirilmiştir. Bkz. KURU / ARSLAN / YILMAZ, Kanun, s. 146, dn. 9; İNAL, s. 364.

Temyiz talebinin reddedilmesi halinde yatırılmış olan teminatın yarasının alacaklıya tazminat olarak verilmesinin yanı sıra diğer takiplerden farklı olarak rehnin alacağı karşılamadığı durumlarda bunun da alacağı karşılamak için kullanılması, alacaklı konut finansmanı kuruluşu açısından da güvence sağlamaktadır<sup>57</sup>.

Yapılan ek ile getirilen düzenleme öğretide amaca uygun bulunmakla birlikte hükmün İcra ve İflâs Kanunu'nun sistematığına aykırı olduğu ileri sürülmüş ve buna gerekçe olarak alacaklılar arasındaki eşitliğin bozulması gösterilmiştir<sup>58</sup>.

Teminatın % 30'a çıkarılmış olması satışın durdurulması taleplerini azaltacak ise de bundan bu yola başvuramayan tarafın büyük zarara uğradığı sonucu çıkarılamaz. Zira borçlu aslında borçlu olmadığı bir parayı ödemek zorunda kalmış ise daha sonra istirdat davası (İİK m. 72, VII) açarak ödediği paranın iadesini sağlayabilir.

### III. PARAYA ÇEVİRME İŞLEMLERİNİN HIZLANDIRILMASI İÇİN YAPILMASI GEREKENLER

Konut finansmanından kaynaklanan alacakların bir an önce tahsilinin kredi veren kurumların ayakta kalması bakımından taşıdığı önem açıktır. Bu nedenle bu kapsamdaki alacakların teminat altına alınması amacıyla konulan rehinlerin bir an önce paraya çevrilmesini sağlayacak yöntemler üzerinde durmak gerekir. Bu, alacaklıya rehni paraya çevirme yetkisinin tanınmasıyla yahut kanuni bir değişikliklerle gerçekleştirilebilir.

Alacaklıya rehni bizzat paraya çevirme yetkisinin verilmesi meselesi irdelenirken öncelikle *lex commissaria* yasağı olarak bilinen maddi hukuk hükümleri üzerinde durmak gerekir. Bilindiği üzere TMK m. 873 ve m. 949 ile borcun ödenmemesi halinde gayrimenkulün alacaklıya ait olacağı kararlaştırılması (*lex commissoria*) yasaklanmıştır. Buna karşılık alacaklıya rehni icra dairesi dışında satabilme yetkisinin verilip verilemeyeceği konusunda kanunda herhangi bir açıklık yoktur. Öğretide hakim görüş alacaklıya böyle bir yetkinin verilebileceğini kabul etmektedir<sup>59, 60</sup>.

---

<sup>57</sup> ATALAY, s. 161.

<sup>58</sup> ATALAY, s. 161-162.

<sup>59</sup> GÜRDOĞAN, Rehin, s. 18-19; GÜRDOĞAN, İpotek, s.7; HELVACI, İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria Yasağı (MK m. 788/c.2 ve MK m. 863), İstanbul 1997, s. 134; POSTACIOĞLU, s. 556-557; YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, İcra Hukuku, 4. B., İstanbul 2009, s. 279; TUNÇ YÜCEL, s. 98; CANSEL, Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara 1967, s. 235 vd. Anılan son yazar alacaklıya rehni serbestçe paraya çevirme yetkisi veren sözleşmeyi kabul etmekle beraber bu

İcra ve İflâs Kanunu'ndan bağımsız olarak yapılacak yeni bir düzenleme ile alacaklıya, konut finansmanından doğan alacakla sınırlı olmak üzere, ipotekli taşınmazı bizzat paraya çevirme yetkisinin tanınması öngörülmelidir. Bu bağlamda, örneğin, konut finansmanı kredisi vermiş olan kuruluşa, ipotekli taşınmazı değerlendirme kuruluşunun takdir edeceği değer üzerinden asgari % 75'ten aşağı olmamak üzere bizzat paraya çevirme yetkisi verilebilir. Bu sayede İcra ve İflâs Kanunu'nun öngördüğü paraya çevirme yönteminin uygulanması sürecinde yaşanan zaman kaybının da önüne geçilebilir. Ayrıca böyle bir düzenleme ile İcra ve İflâs Kanunu'nun sistematığı de bozulmamış olur. Önerilen sistemde taşınmazın değeri kamu güvenine mazhar kurum ve kişilerce takdir edileceğinden borçlunun menfaatleri de gözetilmiş olacaktır<sup>61</sup>.

## SONUÇ

Konut edinme ihtiyacını karşılamak amacıyla benimsenen konut finansmanı sisteminin gelişimi, kredi temininin kolaylaştırılması ve konut satımından doğan alacakların menkul kıymetleştirilmesi neticesinde, tasarruflarını bu yönde kullanan sermaye sahiplerinin alacaklarını tahsil edebilmeleri için her türlü güvencenin sağlanması zorunludur<sup>62</sup>. Zira ipoteğin paraya çevrilmesi sürecinin uzaması hem konut finansmanı sisteminde kredi veren kuruluşlarının hem de tasarruflarını menkul kıymetleştirme araçları aracılığıyla konut kredisi alıcılarına sunabilecek kimselerin alacaklarına kavuşmasını güçleştirmekte ve hatta zarar etmelerine yol açabilmektedir<sup>63</sup>.

---

sözleşmenin dolambaçlı yoldan mülkiyetin alacaklıya intikalini sağlamak için yapılması durumunda geçerli olmayacağına dikkat çekmiştir (CANSEL, s. 236). Öğretide SARI ise alacaklıya rehlin paraya çevrilmesi konusunda yetki tanınmasını ikiye ayırarak incelemektedir. Birinci ihtimalde bu yetki alacaklıya rehlin hakkının tâbi olduğu hükümlerde değişiklik yapılması suretiyle verilmekte; ikinci ihtimalde ise söz konusu yetki rehlin hakkının kurulmasından ayrı olarak gerçekleştirilecek hukuki işlemler yoluyla rehlin paraya çevrilmesi şeklinde verilmektedir. SARI'ya göre birinci ihtimalde alacaklıya yetki verilmesi kabul edilirse, bununla aynı haklara ilişkin sınırlı sayıda olma ve tipe bağlılık ilkeleri ihlal edilmiş olur. İkinci ihtimalde ise alacaklıya, rehinli malı paraya çevirme konusunda rehin sözleşmesinden bağımsız olarak ve alacaklı ile rehinli malın maliki arasında vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi bir ilişki kurmak üzere verilecek temsil yetkisi kural olarak geçerlidir ve *lex commissoria* yasağına aykırı değildir (SARI, Suat, Alacaklıya Rehni Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 2007, S.50, s. 416 vd.).

<sup>60</sup> Alacaklıya bu yetkinin verilmesi durumunda alacaklı bizzat satma yetkisini anlamada kararlaştırılan şekilde kullanmak mecburiyetindedir. Aksi takdirde doğacak zararı ödemekle yükümlüdür (GÜRDOĞAN, Rehni, s. 19).

<sup>61</sup> ATALAY, s. 166.

<sup>62</sup> İNAL, s. 356.

<sup>63</sup> İNAL, s. 362. Karş. UĞUR, s. 35; ADIGÜZEL, s. 92.

İpotekli konut kredisi almış olan bireylerin kredilerin geri ödemelerini yapamamaları durumunda krediyi vermiş olan kurum ipotekli olan konutu haczettirip satma ve kredi borcunun bakiyesini tahsil etme imkânına sahiptir. Finansman kurumları vermiş oldukları kredileri kendileri de borçlanarak sağlamaktadırlar. Dolayısıyla bu kurumlar kredi geri ödemelerinin zamanında yapılmaması durumunda kendileri de borçlanmış oldukları taraflara yükümlülüklerini yerine getiremeyeceklerdir. Bu durum finansman kurumunun iflâsına yol açabilecektir. Finansman kurumlarının iflâsı ise sistemi işlemez hale getirecektir. Bu nedenle geri ödemeleri yapılamayan kredilerle ilgili haciz işlemlerinin hemen başlatılması ve finansman kurumunun alacağı olan kredi bakiyesinin bir an önce tahsil edilmesi gerekmektedir<sup>64</sup>. Öte yandan ipotekle temin edilmiş alacaklara dayalı menkul kıymetin, yatırımcılardan yeterince talep görebilmesi için teminat niteliği taşıyan ipoteğin hızlı bir şekilde paraya çevrilebilmesi gerekmektedir<sup>65</sup>. Ne var ki, daha önce üzerine rehin konulmuş bulunan taşınmazların cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi konusunda borçlunun menfaatini korumak için birtakım kurallar kabul edilmiştir. Ve bu kurallar uygulamada zaman zaman borçlu veya üçüncü kişiler tarafından suistimal edilebilmektedir<sup>66</sup>. Bu itibarla kabul edilecek yeni düzenleme ile paraya çevirme işleminin mümkün olduğunca kısa süre içerisinde bitirilmesi sağlanmalıdır<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> ALP, s. 187.

<sup>65</sup> UĞUR, s. 35; ADIGÜZEL, s. 92.

<sup>66</sup> POSTACIOĞLU, İlhan, İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hâtrısına Armağan, Ankara 1990, s. 538-539.

<sup>67</sup> ALP, s. 187; DÖNMEZ, İbrahim, Konut Finansman Sistemi Kanun Taslağı (Mortgage Sigorta Ürünleri-Konut Finansmanı Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi), İstanbul 2006, s. 110; POSTACIOĞLU, Problem, s. 539.

## KISALTMALAR CETVELİ

B.	: Baskı
c.	: cümle
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD	:Hukuk Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
MK	: (eski) Medeni Kanun
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı

## **KAYNAKÇA**

- ADIGÜZEL, Burak, İpotekli Sermaye Piyasası Araçları, İstanbul 2008.
- ALP, Ali, Modern Konut Finansmanı, Ankara 2009.
- ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk ve İcra ve İflas Usulleri, 5. B., Ankara 1960.
- ARAR, Kemal, İcra ve İflâs Hukuku, 2. B., İstanbul 1948.
- ARSLAN, Ramazan, İcra-İflâs Hukukunda İhale, Ankara 1984.
- AŞIK, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- ATALAY, Oğuz, İcra İflâs Hukukunda Mortgage Sisteminin Yansıması, Finans Hukuku ve Sorunları, Finans Hukuku Panelleri, Mortgage, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2007.
- BERKİN, Necmeddin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- BUDAK, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, (BUDAK, Üçüncü Kişilerin).
- BUDAK, Ali Cem, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2010, (BUDAK, İpotek).
- CAN, Bilal, İpotekli Konut Finansmanına Yönelik Hukuki Düzenlemeler ve Diğer Ülkelerle Mukayesesi, TBBD, 2011, S. 97, s. 231 vd.
- CANSEL, Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara 1967.
- ÇABRİ, Sezer, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010.
- ÇİFTÇİ, Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010.
- DÖNMEZ, İbrahim, Konut Finansman Sistemi Kanun Taslağı (Mortgage Sigorta Ürünleri-Konut Finansmanı Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi), İstanbul 2006.
- ERİŞ, Hayati, Bireysel Krediler Kapsamında İpotekli Konut Kredileri ve İşlevsellik Koşulları, İstanbul 2008.
- ERYILMAZ, Ahmet, Öncelikle Rehnin Paraya Çevrilmesi Emredici midir? (İİK. 45/I, C.1), İBD, 1984/10-11-12, s. 648 vd.
- GÜNAL, Vural, Sermaye Piyasası Hukuku Esasları, İstanbul 2007.
- GÜRDOĞAN, Burhan, Türk-İsviçre İcra İflas Hukukunda –Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967, (Gürdoğan, Rehin).
- GÜRDOĞAN, Burhan, İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1979, (Gürdoğan, İpotek).

- HELVACI, İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria Yasağı (MK m. 788/c.2 ve MK m. 863), İstanbul 1997.
- KILIÇOĞLU, Evren, İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005.
- KOÇAK, Duygu, Konut Finansmanı Öncesi ve Sonrası Mortgage, İstanbul 2007.
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, İcra ve İflâs Hukuku, 25. B., Ankara 2011.
- KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004.
- KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. I, Ankara 1988.
- KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. III, Ankara 1993.
- MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, 4. B., Ankara 2010.
- OSKAY, Mustafa / KOÇAK, Coşkun / DEYNEKLİ, Adnan / DOĞAN, Ayhan, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2007.
- OY, Osman, Türkiye’de Mortgage Uygulaması, İstanbul 2007.
- ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003.
- ÖNAL, Yıldırım Beyazıt / TOPALOĞLU, Mustafa, İpotekli Konut Finansmanı ve Hukuku, Adana 2007.
- ÖZATA, Ahmet / SÜPHANDAĞ, Yavuz, İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Taşınmaz Satışında Uygulamalar, Ankara 2010.
- ÖZEKES, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 9. B., Ankara 2011.
- PEKCANITEZ, Hakan, İpoteğin Paraya Çevrilmesi İle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, 2000/33, s. 40 vd.
- POSTACIOĞLU, İlhan, İcra Hukuku Esasları, 4. B., İstanbul 1982.
- POSTACIOĞLU, İlhan, İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan, Ankara 1990, s. 533 vd.
- SAGLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Ankara 1982.
- SARI, Suat, Alacaklıya Rehni Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 2007, S. 50, s.405 vd.
- YONGALIK, Aynur, Konut Edindirme ve Finansmanı Sistemi Kapsamında Bilgilendirme Yükümlülüğü Açısından Kredi Hayat Sigortası, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2347 vd.

TUNÇ YÜCEL, Müjgan, Banka Alacaklarının İpoteğın Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, İstanbul 2010.

UYAR, Talih, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 3, 3. B., Ankara 2004.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. B., İstanbul 2004.

YALÇINER, Kürşat, İpotek Karşılığı Menkulleştirilmiş Krediler, Ankara 2006.

YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, İcra Hukuku, 4. B., İstanbul 2009.



## **BİR SORGULAMA YÖNTEMİ OLARAK ÇAPRAZ SORGU**

*Yrd. Doç. Dr. Pervin AKSOY İPEKÇİOĞLU\**

### **GİRİŞ**

Anglo – Sakson<sup>1</sup> sisteminde delil hukuku tanık beyanlarının üzerine kurulmuştur. Deliller, mahkemede sunulan tanık beyanlarından elde edilmelidir. Bu nedenle, ceza yargılamalarında mahkemeye çağrılan tanıklar, sözlü olarak olay hakkında bildiklerini ilk ağızdan anlatırlar.

İspat külfeti iddia makamındadır; savcı iddiasını şüpheden ari bir şekilde ispatlamak zorundadır. Bu nedenle savcı mahkeme huzuruna getirmek istediği tüm hususları yeminli tanık beyanı ile sunabilir. Mahkemede delili yeminli olarak sunma zorunluluğu, yalnızca beyan niteliğindeki deliller için değil, aynı zamanda maddi deliller için de geçerlidir. Örneğin ateşli bir silahın ya da bir bıçağın veya bir analiz sonucunun mutlaka tanık beyanı ile sunulması gerekir.<sup>2</sup> İddia karşısında savunma makamını temsilen sanığa şahsen veya avukatı aracılığıyla savunma hakkı tanınır.<sup>3</sup>

Anglo – Sakson sisteminde delil elde etme yöntemi üç aşamalıdır: İddia ve savunma makamları, tanıklarını hakem konumunda olan yargıcın huzuruna getirirler ve sorgularlar. Tanıklar yemin altında veya gerçeği söyleyeceklerine dair açık bir kabul ile sorgulanırlar. Tarafların kendi

---

\*Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Kıt'a Avrupası hukukçuları "taraf muhakemesi" olarak da bilinen bu sisteme "Anglo-Sakson" adını verirken; Amerikan hukukçuları bu sistem için "Anglo-Amerikan"; İngiliz hukukçuları ise "İçtihat hukuku" adını kullanmayı tercih ederler. ROBERTS, Paul – ZUCKERMAN, Adrian, Criminal Evidence, 2. edition, Oxford University Press, 2010, s. 46.

<sup>2</sup> INGRAM, Jefferson L., Criminal Evidence, 10. edition, USA 2009, s. 277, 279.

<sup>3</sup> ŞEFİK, Narin Ferdi, "KKTC Ceza Hukukunda Duruşma Safhası ve Delillerin Değerlendirilmesi", Türkiye Cumhuriyeti – Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu, Kasım 2000, Ankara 2001, s. 90.

tanıklarını sorgulamalarını, karşı tarafın çapraz sorgusu takip eder. Çapraz sorgu sonrası, çağırılan taraf kendi tanığını yeniden sorgulama hakkına sahiptir.<sup>4</sup>

Yargılamada her iki tarafın da görevi, mahkemedeki mücadeleyi kazanmaktır. Kazanma, taktik gerektirir. Gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi, ilgili tanıkların duruşmada güvenilir bir beyan verebilmeleri için hazırlanması ve en önemlisi etkili bir çapraz sorgunun yapılması, bu mücadeledeki taktikler arasında sayılabilir.<sup>5</sup> Çapraz sorgu, Anglo – Sakson sisteminin belkemiğini oluşturan bir sorgulama yöntemidir.

### **I. Çapraz Sorgu Yönteminin Ceza Muhakemesi Sistemleri İçerisinde Değerlendirilmesi**

Muhakeme, kelime anlamı itibariyle akıl yürütme, yargılama yapma demektir.<sup>6</sup> Ceza muhakemesi tez (iddia) – antitez (savunma) – sentez (yargılama) üçgeni üzerine kurulmuştur. Üçgenin her bir kenarı bir muhakeme makamı tarafından oluşturulur. Ceza muhakemesi makamları iddia, savunma ve yargılamadır.

İddia, savunma ve yargılama makamları, muhakeme süresince akıl yürütme faaliyetini işbirliği içerisinde yürütürler. Dolayısıyla bu makamları temsil eden sùjelerin katılımıyla yapılan akıl yürütme işi, kolektif bir faaliyettir.<sup>7</sup> Muhakeme sùjelerinin akıl yürütme faaliyetine katılımı, toplumların hukuk şuurunun değişimine bağlı olarak farklılık gösterir.<sup>8</sup>

Ceza muhakemesi sùjelerinin kolektif faaliyete katılım derecesi, ceza muhakemesinde izlenen amaçlar doğrultusunda şekillenmiştir. Tarihi süreçte ceza muhakemesi amaçları, sùjelerin temsil ettiği iddia – savunma ve yargılama makamları arasındaki ilişkileri etkileyerek üç sistemi karşımıza çıkarmaktadır: İtham sistemi, tahkik sistemi ve karma sistem.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> ROBERTS-ZUCKERMAN, s. 331-332; DENNIS, Ian, Evidence, 4. edition, United Kingdom 2010, s. 567-570 DURSTON, Gregory, Evidence, Text&Materials, Oxford University Press 2008, s. 383; CHOO, Andrew L-T, Evidence, Oxford University Press, USA 2009, s. 68; MUNDAY, Roderick, Evidence, Oxford University Press, 2007, s. 159.

<sup>5</sup> LANGBEIN, John H., The Origins of Adversary Criminal Trial, Oxford University Press, 2005, s. 1-2; INGRAM, s. 281.

<sup>6</sup> Bkz. <http://www.tdkterim.gov.tr>; <http://nisanransozluk.com/?k=muhakeme>.

<sup>7</sup> KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s. 35 vd.; KEYMAN, Selâhattin, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara 1970, s. 24 vd.

<sup>8</sup> KEYMAN, s. 33.

<sup>9</sup> Sistemler için bkz. KUNTER, s. 62-66; KEYMAN, s. 32-50.

## 1. İtham Sistemi

İtham sistemi, Eski Yunan ve Roma'da uygulanan ve tarihte bilinen en eski sistemdir. Bu sistem Roma İmparatorluğu'nun çöküşüne denk gelen 13. yüzyılın başına kadar devam etmiştir.<sup>10</sup>

İtham sistemi ilkel mücadelenin muhakemedeki görünüm şeklidir. Taraflar, üçüncü bir kişi huzurunda mücadele ederek, haklılıklarını ispatlamaya çalışırlar. Tarafsız üçüncü kişi de, taraflardan birini haklı bularak huzurundaki kavgayı sona erdirir. İlkel dönemlerin sistemi olan itham sisteminde, taraflar arasında mutlak bir eşitlik olduğu göze çarpar.<sup>11</sup>

Sistemin yapı taşlarını üç temel uygulama ilkesi oluşturur. İtham sistemi, tarafsız ve pasif rolde olan bir süje önünde, tarafların delilleri ileri sürdüğü ve tanıkları sorguladığı bir sistemdir.<sup>12</sup>

Bu sistemin en belirgin özelliklerinden biri, muhakemenin başlayabilmesi için bir ithama ihtiyaç duyulmasıdır. İtham etme hakkı, önceleri suçtan zarar görene ve yakınlarına, daha sonraları ise özellikle suçtan sosyal bir zarar doğmuşsa tüm vatandaşlara tanınmıştır.<sup>13</sup>

İtham sisteminde özel bir itham makamı ve özel bir savunma makamı vardır. Muhakeme, iki taraf arasında bir diyalog şeklinde cereyan eder. Taraflar, en güçlü delillerini ileri sürerek iddialarını ispat etmekle yükümlüdürler. Sistem tarafları ikna ediciliği en yüksek delili göstermeye ve bulmaya teşvik eder.<sup>14</sup>

İki taraf arasında çekişmeli geçen muhakeme sonucunda, tarafların ve toplumun kabul edip yetkilendirdiği kişi kararını verir ve haklı olan tarafı belirler.<sup>15</sup> Bu kişi muhakemenin üçüncü süjesi olan yargıçtır. Yargıç muhakemenin pasif katılımcısıdır; iki taraf arasında bağımsız ve tarafsız bir hakem konumundadır. Yargıç, yalnızca yargılamayı idare etmekle ve sonuç

---

<sup>10</sup> DEBARBA, Kirsten, "Maintaining the Adversarial System: The Practice of Allowing Jurors to Question Witnesses During Trial", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 55, 2002, s. 1525-1526.

<sup>11</sup> KEYMAN, s. 33-34.

<sup>12</sup> LANDSMAN, Stephan, "A Brief Survey of the Development of the Adversary System", *Ohio State Law Journal*, Vol. 44, 1983, s. 714.

<sup>13</sup> KEYMAN, s. 34-35.

<sup>14</sup> LANDSMAN, "A Brief Survey...", s. 714; FINEGAN, Sharon, "Pro Se Criminal Trials and the Merging of Inquisitorial and Adversarial Systems of Justice", *Catholic University Law Review*, Vol. 58, 2008-2009, s. 468; LANDSMAN, Stephen, "The Decline of the Adversary System and the Changing Role of the Advocate in that System", *San Diego Law Review*, Vol. 18, 1980-1981, s. 252; KEYMAN, s. 35; DEBARBA, s. 1528.

<sup>15</sup> LANDSMAN, "A Brief Survey...", s. 714; FINEGAN, s. 468; LANDSMAN, "The Decline of the Adversary System...", s. 252; KEYMAN, s. 35; DEBARBA, s. 1528.

çıkarmakla yükümlü kılınmıştır.<sup>16</sup> Muhakeme süresince yargıç, çekişmeli yargılamanın sonuna kadar esasa ilişkin karar üretmekten geri durmalı, delil toplanmasında aktif bir rol üstlenmemeli ve tarafların iddialarını yönlendirmemelidir.<sup>17</sup> Aksi takdirde yargıcın muhakemede pasif konumundan çıkıp aktif hale gelmesi sürecin işleyişini olumsuz yönde etkileyebilir. Nitekim yargıcın delil toplaması, kendi kanaatinin tarafların delil sunumundan önce oluşmasına ve delillerin değerinin yanlış takdir edilmesine neden olabilir. Ayrıca yargıcın üstlendiği pasif rol, sadece her davanın adil değerlendirilmesini sağlamaz, aynı zamanda toplum gözünde karar merciiin güvenilirliğini de pekiştirir. Zira aktif bir sorgulayıcı ya da katılımcı olan karar mercii tarafsızlıktan çok yanlı bir tutum sergiler konumda değerlendirilebilir.<sup>18</sup>

Sistemin işleyişinde yargıcın pasif rolü, iki konuda kendini gösterir. Bir kere yargıç kendiliğinden davaya elkoyamaz, mutlaka bir ithamcıya gerek vardır. İkinci konu ise, yargıcın re'sen delil araştırması yapamamasıdır. Yargıç taraflara, delillere ilişkin doğrudan soru soramaz. Yargıcın, ancak sunulan bir delille ilgili aydınlanılmamış hususlarda soru sorması veya sorulan sorulara cevap verilmemesi durumunda davaya aktif olarak katılması mümkündür. Yargılamanın gidişatı tarafların kontrolündedir. Her iki taraf da delil olarak ileri sürülecek olgulara, hangi tanıkların çağrılacağına, hangi tartışmaların ve hangi itirazların yapılacağına karar verir. Yargıç, kovuşturma süresince yapılan işlemleri idare etmekle yükümlüdür. Ancak bu sistemde yargıç hiçbir şekilde, bir iddianın hangi delille ispatlanacağına veya bu delilin araştırılıp bulunmasına ilişkin ya da ilgili olabileceğini düşündüğü bilgilerin mahkemeye getirilmesi için tarafları yönlendirme yetkisine sahip değildir. Bu görevler, iddia ve savunma makamlarına aittir. Yargılama, iki taraf arasındaki bir mücadeledir; taraflardan biri ileri sürülen iddiayla ilgili etkili ve inandırıcı bir argüman ortaya koymakta başarısız olursa, diğer taraf davayı kazanır. Bu nedenle, bu sistemde taraflara büyük bir ispat yükü düşmektedir.<sup>19</sup>

Yargıcın sahip olduğu pasif rol, sanığın şahsen savunma yapmak istemesi halinde aktif role dönüşür. Zira sanık muhakemeye ilişkin kuralları bilmeyebilir. Sanık duruşmada ileri sürülen iddiaları bilse bile, hangi delille

---

<sup>16</sup> DENNIS, s. 568; KESSLER, Amalia, "Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, And The Search For An Alternative To The Adversarial", Cornell Law Review, Vol. 90, 2004-2005, s. 1188; FINEGAN, s. 468; LANDSMAN, "The Decline of the Adversary System...", s. 252; KEYMAN, s. 35.

<sup>17</sup> DENNIS, s. 568; LANDSMAN, "A Brief Survey...", s. 715.

<sup>18</sup> LANDSMAN, "A Brief Survey...", s. 715.

<sup>19</sup> FINEGAN, s. 467-468.

hangi olguyu ispatlayacağını öngöremeyebilir, ilgisiz açıklamalara itiraz etmeyebilir. Yargıç, sanığa muhakemede yol göstermekle yükümlüdür.<sup>20</sup>

İtham sisteminde süjeler arasındaki çekişme yanında, delil hukuku da büyük önem taşır. Taraflar, delil hukukuna ilişkin katı kurallara tabidirler. Delillerin kabul edilebilirliği, bu sistemin can alıcı unsurudur. Bir delilin kabul edilebilir olması, hukuka uygun, geçerli ve ihtilafli konulara ilişkin olmasıdır. Yargılama, delil kurallarına bağlı olarak gerçekleştirilir, bu nedenle tarafların delillerin sunumuna ve ortaya çıkacak tartışmalara çok iyi hazırlanmaları gerekir.<sup>21</sup>

Bu sistemde muhakeme üç temel ilke üzerine inşa edilmiştir: Açıklık, sözlülük ve yüze karşılık. Bu ilkelere doğrudanlık ilkesini de eklemek mümkündür. İtham sistemi, kural olarak tarafların ve tanıkların beyanlarını sözlü şekilde duruşmada dile getirmesi, yargılamanın yargıç huzurunda tarafların eşit katılımıyla herkese açık yapılması ve taraflar arasında aracı olmaksızın iletişim kurulması esasına dayanmaktadır.<sup>22</sup>

İtham sistemi, devletin elde ettiği delile ve deliller doğrultusunda ileri sürülen suçlu varsayımına karşı suçlanan tarafa aktif olarak mücadele etme olanağı tanımaktadır.<sup>23</sup> Bu çerçevede bir taraf, karşı tarafın tanığından delil elde etmek veya tanığın beyanını sarsmak amacıyla tanığı sorgulama yetkisine sahiptir. Bu olanağı tanıyan *çapraz sorgu yöntemi, itham sistemi içinde doğmuş ve gelişmiştir.*

## 2. Tahkik Sistemi

İtham sisteminin ardından tahkik sistemi ortaya çıkmıştır. 16. yüzyılda yükselme dönemini yaşayan Roma İmparatorluğu ve Kilise hukuku bu sistemin izlerini taşımaktadır.<sup>24</sup>

Tahkik sisteminin kökleri 12. yüzyıla kadar uzanır. Fransa'da 12. yüzyılın sonunda Kilise hukuku daha etkili bir ceza usul sistemi ihtiyacı duymuş ve 13. yüzyılın başında ceza muhakemesinde yapılan önemli değişikliklerle tahkik sistemine geçilmiştir. Önceleri dinî mahkemelerde dinî

<sup>20</sup> FINEGAN, s. 478-480, 488.

<sup>21</sup> ROBERTS-ZUCKERMAN, s. 96 vd.; FINEGAN, s. 468, s. 472.

<sup>22</sup> VEZİROĞLU, Çetin, "Çapraz Sorgu", Türkiye Cumhuriyeti – Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu, Kasım 2000, Ankara 2001, s. 102; VEZİROĞLU, ÇETİN, "Çapraz Sorgu", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 2. Cilt, Ankara 2000, s. 379-380.

<sup>23</sup> FINDLEY, Keith A., "Adversarial Inquisitions: Rethinking The Search For The Truth", New York Law School Law Review, V. 56, 2011/12, s. 933.

<sup>24</sup> VOLKMANN-SCHLUCK, Thomas, "Continental European Criminal Procedure: True or Illusive Model?", American Journal Criminal Law, Vol. 9, 1981, s. 2.

inançlara aykırı davrananları soruşturmak için kullanılan bu sistem, sonraları laik mahkemeler tarafından da uygulanmaya başlanmıştır.<sup>25</sup> Bu sistem 19. yüzyılın ilk yarısına kadar hâkimiyetini sürdürmüştür.<sup>26</sup>

İtham sisteminden, tahkik sistemine geçişle birlikte muhakeme sūjelerinin rolleri de değişmiştir. Taraflar arasında cereyan eden mücadele, yerini, geniş yetkilerle donatılmış ve baskın bir rol üstlenmiş olan yargılama makamına bırakmıştır. Bu sistemde taraflar arasındaki bir diyalogtan bahsetmek mümkün değildir, zira özel itham makamı ortadan kalkmış, yargıç itham etme yetkisini de üstlenmiştir. Sanıktan çok toplumu korumayı amaçlayan bu sistem, sanığı çok güvencesiz bir konuma sokmuştur. Muhakeme yazıllık ve gizlilik esaslarına göre yürütölmektedir. Savunmanın yetkileri önemli ölçüde sınırlanmıştır. Sanık artık muhakemenin gidişatına yön veren etkin bir sūje değildir. Yetkilerini paylaşmak zorunda olan bir itham makamı ile hiçbir güvencesi olmayan savunma makamı görünüşte bu sistemde yerini almakla birlikte, her aşamada yargılama makamının ağırlığını hissetmek mümkündür.<sup>27</sup> İlk dönemlerde tek taraflı yürütölen muhakeme boyunca sanığın peşinen suçlu olduğu varsayımından hareket edilerek, işkence de dâhil sanığı ikrara zorlayacak her türlü yaptırım, sistemin delil elde etme yöntemi olarak kullanılmıştır. Bu dönemde ikrar nasıl elde edilirse edilsin, en önemli delil olarak kabul edilmekteydi.<sup>28</sup>

Tahkik sisteminde muhakemenin kontrolü taraflarda değil, devletin kamu gücünün temsil edildiği yargılama makamındadır. Yargıç yargılamanın aktif bir katılımcısıdır. Yargıcın muhakeme hukukunda sistemin özünden gelen aktif rolü, devletin nüfuzunun da bir göstergesi olarak olumlu bir yükümlölük şeklinde kabul edilir. Yargıcın sahip olduğu bu yetki, yargıca soruşturma ve kovuşturma evrelerinin kontrolünü elinde bulundurma olanağı sağlar.<sup>29</sup> Ancak yargıcın muhakemedeki baskın rolü, tarafların katılımının olmayacağı anlamına gelmemelidir. Tarafların muhakemedeki rolü ikincil ve destekleyicidir. Tahkik sistemi yargıcının ilk sorumluluğu, tanıkları huzuruna çağırarak ve sorgulamaktır. Yargıç, gerçeği araştırdığından suçlanan kişi adına da soru sorabilir, başka tanıklar

---

<sup>25</sup> PLOSCOWE, Morris, "The Development of Present - Day Criminal Procedures in Europe and America", Harvard Law Review, Vol. 48, 1934-1935, s. 447; FINEGAN, s. 463; KEYMAN, s. 38, dipnot 61.

<sup>26</sup> DAMASKA, Mirjan, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 121, 1972-1973, s. 556.

<sup>27</sup> KEYMAN, s. 39-41.

<sup>28</sup> VOLKMANN-SCHLUCK, s. 2; DAMASKA, "Evidentiary Barriers...", s. 557.

<sup>29</sup> GOLDSTEIN, Abraham S., "Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure", Stanford Law Review, Vol. 26, 1973-1974, s. 1019-1020, s. 1022; FINEGAN, s. 466.

çağrılmasını isteyebilir ve hatta araştırmanın daha da derinleştirilmesini talep edebilir.<sup>30</sup>

Bu sistemde olayı soruşturmak için devlet adına görev yapan bir soruşturmacı vardır. Bu soruşturmacı delilleri ileri sürmede başarısız olursa, yargıç da re'sen delil araştırması yapabilir. Tahkik sisteminde itham etme yetkisi, hem görevi itibariyle toplum adına iddiayı ortaya koyan savcılık makamına, hem de yargıca tanınmıştır. Yargıç aynen savcı gibi re'sen itham görevini yerine getirebilir.<sup>31</sup> Ayrıca yargıç olayın tanıklarını, sanığın yokluğunda sorgulama hakkına sahiptir.<sup>32</sup> Hatta bazen muhakeme yapılmaz; mahkeme kapalı oturum yaparak dosya üzerinden karar verir, sanık huzura gelmez; sanığın mahkemede muhakemeye ilişkin herhangi bir hakkı yoktur.<sup>33</sup>

Bu sistemde savcının “tasarruf edilmezlik” ilkesine tabi olduğu, daha açık ifadeyle verdiği kararlar yönünden bağlı olmadığı görülür. Nitekim devlet adına soruşturma görevi yapan savcı itham edilen kişi hakkında aleyhe delil ileri sürebilir. Ancak bu durum, savcının muhakeme sonunda sanığın beraatini talep etmesine engel değildir. Savcının, itham sistemindeki aksine önceden tanıkları duruşma sırasındaki tanıklığa hazırlaması ve yönlendirmesi gibi yükümlülükleri de yoktur.<sup>34</sup>

Tahkik sisteminde savunma makamı daha zayıf bir role sahiptir. Savunma makamı, itham sistemindeki gibi “karşı taraf”ın sahip olduğu haklarla ve yetkilerle donatılmamıştır.<sup>35</sup>

Bu sistemin uygulanmasında delillere ilişkin kurallara bakıldığında, usul kurallarının önemsenmediği görülür. Sanığın maddi hukuka ilişkin hakları daha ağırlıktadır. Yargıcın esas görevi, sanığın suçlu ya da suçsuz olduğuna karar verebilmek için gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bu nedenle, mahkemenin yetkisi, delil elde etmeye yönelik katı kurallarla sınırlandırılmamıştır.<sup>36</sup>

Tahkik sisteminde yazılılık ve gizlilik ilkeleri ön plana çıkar. Dosya, soruşturma aşamasında hazırlanır ve yargılama bu dosya üzerinden yapılır. Tahkik sisteminde soruşturmaya ve yargılama aşamasına katılan yargıç

---

<sup>30</sup> FINEGAN, s. 466 – 467.

<sup>31</sup> KEYMAN, s. 39-40.

<sup>32</sup> FINEGAN, s. 463.

<sup>33</sup> DAMASKA, “Evidentiary Barriers...”, s. 557.

<sup>34</sup> FINDLEY, s. 931.

<sup>35</sup> FINDLEY, s. 933.

<sup>36</sup> FINEGAN, s. 468.

“ithamcı ve yargılayıcı” konumdadır<sup>37</sup>. Bu sistemde soruşturma ve yargılama görevi aynı kişide toplanmıştır. Yargıç, soruşturma evresinde dosyanın hazırlanmasında, kovuşturma evresinde de hükmün verilmesinde aktif rol oynar. Yargıcın itham ve yargılama rolü karşısında savunma makamının hakları oldukça sınırlanmıştır<sup>38</sup>.

Hem itham hem de tahkik sistemlerinin amacı gerçeği araştırmak olmakla birlikte, sistemler, gerçeğin tanımlanmasında birbirinden ayrılmaktadır. İtham sisteminde gerçek, karşılıklı görüşlerden doğru olması muhtemel olanın belirlenmesidir. Gerçek, inandırıcılığın konusunun, olgunlaşmış yargılamanın bir göstergesidir ve ileri sürülen olay hakkında her bir tarafın karşılıklı iddialarının dengelenmesidir<sup>39</sup>. Bu sistemde savcı gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olmaz, bilâkis tarafsız bir hakem olan yargıcın huzurunda iddiasını ispatlayarak sanığın mahkûmiyetini sağlamaya çalışır<sup>40</sup>. Oysa ki tahkik sisteminde gerçek, eldeki tüm delillerin birleştirilmesiyle ortaya konulabilir. Yapılan tüm araştırmalar doğrudan gerçeğin araştırılmasına yöneliktir. Sanığın suçlu ya da suçsuz olduğunu ispatlayacak kesin, inandırıcı ve şüpheye mahal bırakmayacak deliller ortaya konmalıdır. Şüpheli ya da sanığın ikrarı, sistemin önemli bir parçasıdır, zira ispat külfeti gerçeğin şüpheden arı bir şekilde sunulmasını gerektirir. Elde edilen ikrar da gerçeğin ispat edilebilirliğinin bir göstergesini oluşturur.<sup>41</sup> Bu doğrultuda her iki sistemde de aynı ceza muhakemesi sùjeleri yer almakla birlikte, bu sùjelerin üstlendikleri görevler farklılaşmakta; yetkileri sistemdeki rollerine göre azalıp çoğalmaktadır.<sup>42</sup>

Özetle tahkik sisteminde, ceza muhakemesi sùjeleri arasındaki denge iddia ve yargılama lehine değıştığından, savunma makamının aktif katılımının söz konusu olduğı bir sorgulama yöntemi uygulanmamaktadır. Bu nedenle çapraz sorgu aktif katılımın olmadığı bu sistem içerisinde uygulama alanı bulamamıştır.

---

<sup>37</sup> GOLDSTEIN, s. 1018-1019; TEZCAN, Durmuş, “Ceza Davalarında Çapraz Sorgu”, Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 637-638.

<sup>38</sup> VOLKMANN-SCHLUCK, s. 2, 9.

<sup>39</sup> FINEGAN, s. 464.

<sup>40</sup> VOLKMANN-SCHLUCK, s. 2.

<sup>41</sup> FINEGAN, s. 464.

<sup>42</sup> VOLKMANN-SCHLUCK, s. 5.



### 3. Karma Sistem

19. yüzyılın ilk yarısında Fransız İhtilâliyle birlikte iktidarın yetkilerinde değişimler olmuştur. Nitekim Aydınlanma Çağı felsefesinin ve ortaya çıkan liberal akımın etkisiyle iktidar kendi yetkilerini sınırlayan anayasal metinleri kabul etmiş ve bu doğrultuda ceza muhakeme usullerini de gözden geçirmeye başlamıştır. Değişimler sonucunda tahkik sistemi bir kenara bırakılarak, aleni duruşmalarda sözlü ispatın ve jüri uygulamalarının da dâhil olduğu daha liberal ve çekişmeli usuller benimsenmiştir.<sup>43</sup> 19. yüzyılın ilk yarısından itibaren tahkik sistemi yerini, modern Kıt'a Avrupası usul sistemi olarak nitelendirilen karma sisteme bırakmıştır.<sup>44</sup>

Karma sistem, itham sistemi ile tahkik sisteminin iyi yönlerini birleştirerek oluşturulan bir sistemdir. Karma sistemde, muhakeme makamlarını temsil eden sùjeler arasında işbirliği vardır. Bu nedenle bu sistem "işbirliği sistemi" olarak da bilinmektedir.<sup>45</sup>

Bu sistemde muhakemenin başlayabilmesi için mutlaka bir ithama gerek vardır; yargıcın kendiliğinden işe el koyması mümkün değildir. İthamı yerine getirecek olan makam iddia makamı adına savcılıktır.<sup>46</sup>

Soruşturma evresinde tahkik sisteminin yazılılık ve gizlilik ilkeleri esas alınmıştır. Savcının yapmış olduğu işlemleri bir sonraki aşamaya taşıyabilmesi ve ispatı sağlayabilmesi için bu evrede yapılan tüm işlemler yazılıdır. Soruşturma evresinin gizliliği ise, bir taraftan davanın açılabilmesi için delil toplanmasına yönelik araştırmaların yapılabilmesi, diğer taraftan şüphelinin lekelenmemesi için önemli bir ilkedir. Kovuşturma evresinde ise itham sistemine hakim olan açıklık, sözlülük ve yüze karşılık ilkeleri benimsenmiştir.<sup>47</sup>

Karma sistemde her üç makam kolektif olarak muhakemeye katılmakta, muhakeme makamlarını temsil eden sùjeler de adli sürecin bir parçası olarak roller üstlenmektedirler. Bu kapsamda şüpheli veya sanık muhakemenin gidişatına yön veren etkin bir sùjedir, hak ve ödevlere sahiptir. Yargıcın muhakemedeki aktif rolü ise, tahkik sisteminin özelliğinin

---

<sup>43</sup> VOLKMANN-SCHLUCK, s. 3.

<sup>44</sup> KUNTER, s. 65-66.

<sup>45</sup> KUNTER, s. 65; KEYMAN, s. 42; TOROSLU, Nevzat-FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 43; CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2012, s. 98.

<sup>46</sup> KEYMAN, s. 44.

<sup>47</sup> KEYMAN, s. 44;

bir yansımasıdır. Yargıç, tarafların sunduğu delillerle bağlı değildir; maddi gerçeğe ulaşabilmek için re'sen delil araştırması yapabilir.<sup>48</sup>

Bugün çeşitli ülkelerde itham ve tahkik sistemlerinin özelliklerinin görüldüğü hukuk sistemleri uygulanmaktadır. Çapraz sorgu yöntemi de eşit yetkilere sahip tarafların karşılıklı bir ispat mücadelesi içerisinde oldukları itham sisteminden doğmuş ve Anglo – Sakson sisteminde delil hukukunu şekillendirmiştir. Çapraz sorgu, esas itibarıyla karma sistemin öngördüğü makam muhakemesinin yapısına uygun değildir. Bununla birlikte, karma sistemde maddi gerçeğe ulaşmak adına, çapraz sorgudan esinlenilerek benzer sorgulama yöntemlerini uygulamak mümkündür.

## **II. Hukuk Sistemlerinde Çapraz Sorgunun Yeri ve Hukuki Niteliği**

### **1. Hukuk Sistemlerinde Çapraz Sorgunun Yeri**

Özünü itham sisteminden alan hukuk sistemi Anglo – Sakson hukukudur. Bu sistemde muhakeme sùjelerini; tarafsız ve pasif bir rol üstlenen yargıç (ve jüri) ile eşit konumda olan, karşılıklı tartışan, sorgulayan ve sürece yön veren taraflar oluşturur.<sup>49</sup> Sistemin karakteristik özelliği, muhakemenin tarafların kontrolünde olmasıdır. Hangi delilin toplanacağına, sunulacağına ve tartışılacağına taraflar karar verir. Karar verme mercii, her iki tarafı dinleyen ve pasif bir rol üstlenen yargıçtır. Yargıcın rolü yargılamayla sınırlıdır.<sup>50</sup> Yargıcı, bir futbol maçındaki hakem gibi düşünebiliriz. Nasıl ki hakem maçın skoruna yönelik olarak taraflar açısından aktif bir adım atmak zorunda değildir, yalnızca maçın adaletli bir şekilde devam etmesini ve sonuçlanmasını sağlamakla yükümlüdür; Anglo – Sakson hukukunda da yargıç sadece muhakemenin sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi ve sonuçta adaletli bir sonuca ulaşılabilmesi için çaba sarf eder.<sup>51</sup> Yargıcın soruşturma aşamasındaki rolü sınırlı olmakla birlikte, örneğin; arama veya tutuklama kararı ya da kefaletle serbest bırakma kararı verilmesini gerektiren hallerde yine yargıcın sürece katılımı gereklidir.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> KUNTER, s. 65-66.

<sup>49</sup> CHOO, s. 58; LANDSMAN, “A Brief Survey...”, s. 713.

<sup>50</sup> STONE, Marcus, Cross – Examination in Criminal Trials, London 1988, s. 3; SWARD, Ellen E., “Values, Ideology and the Evolution of the Adversary System”, Vol. 64, Indiana Law Journal, 1988-1989, s. 302; HODGSON, Jacqueline, “Conceptions of the Trial in Inquisitorial and Adversarial Procedure”, <http://ssrn.com/abstract=1503969>, s. 1, Atf tarihi: 20.02.2013; GOLDSTEIN, s. 1016-1017; DAMASKA, Mirjan, “Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure”, The Yale Law Journal, Vol. 84. No.3, January 1975, s. 524.

s. 524; DEBARBA, s. 1527; PLOSCOWE, s. 433.

<sup>51</sup> LANGBEIN, s. 1 vd.

<sup>52</sup> PLOSCOWE, s. 433.

Yargıç, ayrıca muhakemede üstlendiği rol gereğince delil trafiğinden sorumlu süje olarak nitelendirilebilir.<sup>53</sup> Yargıcın tarafların sunduğu deliller dışında delil araştırması yapma veya sunulan delillerin doğruluğunu sınaama yetkisi yoktur. Bu görev, taraflara yüklenmiştir. Mahkeme kararının temelini oluşturacak delillerin sunumu da yine tarafların kontrolündedir. Bu sistem özünde tarafların dürüst bir şekilde hareket ederek argümanlarını ortaya koymaları ve gerçeğin, ileri sürdükleri sağlam beyanlarla elde edilmesi teorisi üzerine kurulmuştur. İddia ve savunma merkezli olan bu sisteme taraf muhakemesi de denilir.<sup>54</sup>

Anglo – Sakson hukukunda tarafları iddia ve savunma makamı oluşturur. İddia devlet adına savcılık makamı tarafından; savunma da itham edilen kişi ve onun avukatı tarafından temsil edilir. Soruşturma aşamasında ise polis görev yapar.<sup>55</sup>

Nitekim bu sistemde ceza muhakemesi polis soruşturmasıyla başlar; polis şüphe üzerine yoğunlaşarak şüphelinin suçluluğunu ispatlayacak delilleri toplar. Yargılama daha önceden soruşturma dosyası hakkında bilgisi olmayan tarafsız bir yargıç huzurunda gerçekleştirilir. Bir tarafta devlet adına iddiayı gerçekleştirecek ve ispatlamaya çalışacak olan savcı; karşı tarafta da savunma makamını temsil eden sanık veya avukatı yer alır.<sup>56</sup> Soruşturma evresinde savcının rolü yoktur; savcı soruşturma dosyasının kendisine ulaşmasıyla iddia makamını temsilen taraf olur. Soruşturma dosyası, savcının herhangi bir müdahalesi ya da katılımı olmaksızın polis tarafından hazırlanır.<sup>57</sup> Delil toplanılarak oluşturulan soruşturma

---

<sup>53</sup> WALPIN, Gerald, “America’s Adversarial and Jury Systems: More Likely to Do Justice”, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 26, 2003, s. 176.

<sup>54</sup> NAGORCKA, Felicity – STANTON, Michael – WILSON, Michael, “Stranded Between Partisanship and the Truth? A Comparative Analysis of Legal Ethics in the Adversarial and Inquisitorial System of Justice”, Melbourne University Law Review, Vol. 29, s. 462; DEBARBA, s. 1528.

<sup>55</sup> PIZZI, William T., “The American ‘Adversary System’?”, West Virginia Law Review, Vol. 100, 1997-1998, s. 849.

<sup>56</sup> BRADLEY, Craig M., “The Convergence of the Continental and the Common Law Model of Criminal Procedure”, Criminal Law Forum, Vol. 7, No. 2, 1996, s. 471-472; PIZZI, s. 848; HODGSON, s. 9-10.

<sup>57</sup> Anglo – Sakson sisteminde savcının soruşturma evresinde görev almamasının nedeni delil elde etme usulüyle yakından ilişkilidir. Zira, soruşturma evresinde elde edilen her delilin kaynağı olan tanık beyanı, mahkeme huzuruna gelip yeminli şahadet vermek zorundadır. Taraflar gelen tanığın verdiği beyanın güvenilirliğini ve inanılabilirliğini sorgu yöntemlerini uygulayarak sorgularlar. Nitekim soruşturma evresinde “tahkikat dosyası”nı hazırlayan polis müfettişi muhakemede yeminli beyan vererek elde ettiği olguları “emare” olarak mahkemeye kaydettirir. Savcının, tanık sıfatıyla dinlettiği polis müfettişi, “karşı taraf”ça çapraz sorguya tabi tutulur. Bu gerekçeyle soruşturma evresinde görev yapan bir savcı modeli, tanık

dosyasındaki bilgiler, davanın açılmasıyla karşı tarafca paylaşılabilir hale gelir. Savunma makamı, itham eden tarafa göre “karşı taraf”tır. Soruşturma dosyası dava açılana kadar karşı tarafa açık değildir.<sup>58</sup>

Anglo – Sakson sisteminde savcı, Kıt’a Avrupası sistemindeki savcı modeline göre daha aktif olmalıdır; zira karar verme merciine suç teşkil ettiği iddia edilen olayın olgularını yasal çerçeve içerisinde aktarabilmeli ve savunmanın iddialarını çürütebilecek olgular ortaya koyabilmelidir.<sup>59</sup>

İddianın karşısında yer alan savunma makamı da sanık açısından olayın olgularını araştırmalı ve duruşmada sunmalıdır. Savunma görevini yerine getiren avukat iddiasını, istekli ve samimi bir şekilde yerine getirir. İstekli olmak, ispat için uygun delilleri araştırıp bulmak ve iddiasına en uygun hukuki yorumu yapmaktır. Bu görev taraf avukatına yüklenmiştir. Avukat, yargılamada aktif ve muhakemenin gidişatında etkili olmalıdır. Nitekim re’sen delil araştırma yetkisine sahip Kıt’a Avrupası sistemindeki yargıca bu görevi yüklemek mümkün değildir.<sup>60</sup>

Anglo – Sakson sisteminde yargılama, savcının açılış konuşmasıyla başlar. Taraflar, duruşmaya çağırıp dinletecekleri tanıkları ve bu tanıklara yöneltecekleri taktiksel soruları hazırlarlar. Mahkeme bu sürece hiçbir şekilde müdahale etmez.<sup>61</sup> Tanıklar, doğruyu söyleyeceklerine dair yemin ederek, hem çağırılan hem de karşı tarafca sorgulanabilirler. Tanığı çağırılan taraf, önce tanığına olayla ilgili sorular sorar, esas sorgu denilen sorgulama yöntemini uygular. Esas sorgu bittikten sonra, aynı tanık karşı tarafca sorgulanır. Uygulanan sorgu yöntemine *çapraz sorgu* denilir. Çapraz sorgu yapılırken amaç, tanığın açıklamalarının güvenilirliğini ve inanılabilirliğini sarsmaktır. Çelişkili ifade veren tanıkların, bu açıklamalarının gerçeği tam olarak yansıtmadığı, tanığın çapraz sorguda sarsıldığı kabul edilir. Çapraz sorgu tamamlandıktan sonra, tanığı çağırılan taraf yeniden sorgu yapabilir.

---

kürsüsünden yeminli şahadet verme ve çapraz sorguya tabi tutulma zorunluluğu nedeniyle Anglo – Sakson sisteminin yapısına uygun değildir.

<sup>58</sup> PIZZI, s. 848; HODGSON, s. 9-10.

<sup>59</sup> LIND, E. Allan – THIBAUT, John – WALKER, Laurens, “Discovery and Presentation of Evidence in Adversary and Nonadversary Proceedings”, Michigan Law Review, Vol. 71, No. 6, May 1973, s. 1130.

<sup>60</sup> WALPIN, s. 177; LANDSMAN, “The Decline of the Adversary System...”, s. 257-258.

<sup>61</sup> ROBERTS – ZUCKERMAN, s. 331-332; CHOO, s. 68; MUNDAY, s. 156-157; POTTER, John, “Çapraz Sorgu”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 2. Cilt, Ankara 2000, s. 392.

Aydınlatılmamış, açıklanmamış veya anlaşılammamış bir husus varsa bu konulara ilişkin tanığa soru yöneltilebilir.<sup>62</sup>

Anglo – Sakson sisteminde, sanığın yargılamada sorgulanabilmesi ancak tanık olarak dinlenmesiyle mümkündür. Sanığın tanık olarak dinlenmesi, yemin altında beyanda bulunması şeklinde olabilir. Sanık, tanık kürsüsüne geçip yemin etmediği sürece, çapraz sorguya tabi tutulamaz.<sup>63</sup>

Anglo – Sakson sistemi, gerçeğin ortaya çıkabilmesi için tarafların iddialarını ispatlayabilmelerine ve bu ispatı da en iyi başarmanın davayı kazanmasına olanak tanır. İki eşit tarafın, tanıkları sorgulama olanağına sahip olması çelişkileri ortaya çıkarır ve böylece gerçek anlaşılır.<sup>64</sup>

Bu sistemin de kendi içinde barındırdığı zayıf noktalar vardır. Şöyle ki taraflardan biri devletin tüm araştırma olanaklarından yararlanabilen savcıdır; diğeri ise ya şahsen savunma yapan ya da kendine avukat atayan veya atanmış sanıktır. Atanan avukat büyük bir yükün altına giren ve yaptığı işin maddi anlamda karşılığını alamayan veya sanığın suçlu olduğunu düşünen ve bunu performansına yansıtan ya da çok az araştırma olanağına sahip olan bir avukat olabilir.<sup>65</sup>

Anglo – Sakson sistemine karşın Kıt’a Avrupası sistemi, tahkik sisteminin izlerini taşır. Bu sistem özünde tahkik sisteminin özellikleriyle şekillense de geçen yüzyıl içerisinde insan haklarının gelişimine paralel olarak değiştirilmiş ve günümüzde karma sistem olarak varlığını sürdürmüştür. Karma sistem, itham ve tahkik sisteminin aşırı noktalarının törpülenmesiyle oluşan bir sistemdir.<sup>66</sup>

Bu sistemi benimseyen devletler, savunma makamının yargılama ve iddia makamı karşısındaki zayıflığını ortadan kaldırabilmek amacıyla, ceza muhakemesi kanunlarında tarafların sahip olduğu yetkileri dengeleme yoluna gitmişlerdir. Sürecin yargıcın kontrolünde olması gerçeğin ortaya çıkarılmasında en iyi yöntem olarak düşünülmüş ve sistem bu düşünce üzerine inşa edilmiştir.<sup>67</sup>

Kıt’a Avrupası sisteminde yargıç yargılamanın gidişatına yön veren baskın bir süje olarak görev yapar. Tahkik sisteminin temel özelliklerinin

---

<sup>62</sup> ROBERTS – ZUCKERMAN, s. 331-332; CHOO, s. 68.

<sup>63</sup> FINEGAN, s. 469.

<sup>64</sup> FINDLEY, s. 914.

<sup>65</sup> BRADLEY, s. 473.

<sup>66</sup> DAMASKA, “Evidentiary Barriers...”, s. 558-559; VOLKMANN-SCHLUCK, s. 12 – 13.

<sup>67</sup> DAMMER, Harry R. – FAIRCHILD, Erika – ALBANESE, Jay S., Comparative Criminal Justice Systems, 3. Ed., USA 2006, s. 141-143; FINEGAN, s. 462.

yargıcın rolüne yansıdığı görülür. Nitekim bu sistemin özünde, iddia ve savunma arasındaki denge yargıcın lehine olacak şekilde bozulmuştur. Zira yargıç, olayı sorgulayan, gerektiğinde delil araştıran ve her olayda karar veren bir süjedir.<sup>68</sup> Yargıç, tarafların gerçeği ortaya çıkarmasını beklemek zorunda değildir; delillerin yetersiz olması durumunda re'sen delil araştırma yetkisine sahiptir. Yargıç, kararını yargılamada sunulup tartışılan delilleri değerlendirerek verir.<sup>69</sup>

Yargıç, sürecin kontrolünü elinde tutarken, aynı zamanda her iki tarafın çıkarlarını da korumakla yükümlü kılınmıştır.<sup>70</sup> Yargıç merkezli sistemde, taraflar karşılıklı olarak yüzleşmediklerinden, yargıç bir karar vermek amacıyla sürece hep müdahale etmek durumundadır.<sup>71</sup>

Bu sistemde olayı araştırmakla görevli, tarafsız soruşturmacı vardır. Kamu adına itham görevini üstlenen bu süje “savcı” olarak isimlendirilmektedir. Davanın açılıp açılmayacağına soruşturmayı yapan savcı, hazırladığı soruşturma dosyasındaki belgeleri dikkate alarak karar verir.<sup>72</sup>

Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde sanığın sorgusuna büyük önem verilir. Ortaçağ dönemine hâkim olan tahkik sisteminde, sanığın ikrarı önemli bir delil kaynağıydı. Karma sistem, Ortaçağ'ın izlerini silmeye çalışmış, bu nedenle sanığın sorgulanmasına sistem içerisinde ayrı bir değer tanımıştır. Sanık ve avukatı (müdafii), sınırsız olarak dava dosyasını inceleme hakkına sahiptir. Yargılama öncesi tüm deliller bakımından alenilik söz konusudur.<sup>73</sup>

Anglo – Sakson sisteminin aksine bu sistemde sanık bir tanık gibi yemin edip sorgulanmaz. Sanık, yargılama sürecine aktif olarak katılır. Yargıç, duruşmada sanığı sorgular. Ancak sanık sorgusu sırasında olaya ilişkin olarak susma hakkını kullanabilir. Yemin altında yapılan bir sorgu olmadığından, sanığın yalan söyleme ihtimali her zaman vardır. Bu nedenle, bu sistemde yargıç duruşmada ileri sürülen delillerin doğruluğunu kendisi takdir etmek durumundadır.<sup>74</sup>

Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde polis, devlet adına iddia makamını temsil eden savcının emri doğrultusunda hem iddia hem de savunma için

---

<sup>68</sup> DEBARBA, s. 1522; WALPIN, s. 176.

<sup>69</sup> PLOSCOWE, s. 434.

<sup>70</sup> DAMMER – FAIRCHILD – ALBANESE, s. 141-143; FINEGAN, s. 462.

<sup>71</sup> NAGORCKA – STANTON – WILSON, s. 463.

<sup>72</sup> PLOSCOWE, s. 434.

<sup>73</sup> DAMASKA, “Evidentiary Barriers...”, s. 559.

<sup>74</sup> FINEGAN, s. 468.

araştırma yapar. Savcı, devlet adına iddia görevini yerine getirirken, şüpheli ya da sanığı suçlayıcı olgular yanında, suçsuzluğunu ispat edebileceği olguları da toplama yetkisine sahiptir. Mahkemenin birincil görevi maddi gerçeğe ulaşmaktır.<sup>75</sup> Toplanan deliller yargıç huzurunda tartışılır; yargıç hangi olgunun hangi delille ispat edileceğine karar verip daha derin bir delil araştırması yapılmasını isteyebilir. Yargıç, re'sen delil araştırması da yapma yetkisine sahiptir.<sup>76</sup> Mahkeme, tarafların ileri sürdükleri iddia ve hukuki değerlendirmelerle bağlı değildir. Nitekim sanığın ikrarı mahkemenin daha sonra ileri sürülecek diğer delilleri dinlemesine engel değildir.<sup>77</sup>

Savcı soruşturma dosyasına göre, bu uyumsuzluğu mahkemeye taşıyıp taşımayacağına karar verme yetkisine sahiptir. Yargılama (duruşma) alenidir, her iki taraf da (hem iddia hem savunma) argümanlarını ortaya koymalı ve tartışılmalıdır. Kural olarak soruşturma evresinde toplanan tüm deliller yargılamada (duruşmada) tartışılmalıdır. Delil değerlendirme yetkisi, karar verecek olan yargıçtır. Yargıç, tanıkları sorgulama yetkisinin yanında, maddi gerçeğin bulunmasına yönelik olguların toplanmasını da talep etme yetkisine sahiptir.

İki sistem arasındaki temel özellikler, tanıklık kurumu ile muhakeme süjelerinin rollerinde farklılıklar yaratır. Sistemlerden biri delil sunulması yanında delil araştırılan, diğeri ise yalnızca delil sunulan bir sistemdir. Delillerin araştırılması veya sunulması, yargıca ya da taraflara yetki verir. Her sistemde bu yetkilere sahip olan süjenin bilgisi, öngörülü, kararlı, ilgili ve aktif olması gibi, temsil ettiği meslek grubunun niteliklerini taşıması gerekir.<sup>78</sup> Nitekim Anglo – Sakson hukuk sisteminde deliller taraflar tarafından ileri sürülüp tartışılır; yargıcın re'sen delil toplama ve ileri sürme yetkisi yoktur. Yargıç yargılamada delillerin ileri sürülmesi ile tartışılmasında pasif bir rol oynar. Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde ise yargıç hangi tanığın çağrılıp çağrılmayacağına, kural olarak tanığa sorulacak sorulara kendisi karar verir.<sup>79</sup> Delil olarak dinlenecek olan tanık beyanı, mahkemenin delili olarak nitelendirilir. Savcının davası ya da savcılığın tanığı gibi ibareler muhakemede kullanılmaz. Soruları yargıç sorar, süreci de yargıç idare eder.<sup>80</sup> Kıt'a Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği ülkelerde,

---

<sup>75</sup> VOLKMANN-SCHLUCK, s. 26.

<sup>76</sup> PIZZI, s. 849.

<sup>77</sup> VOLKMANN-SCHLUCK, s. 26.

<sup>78</sup> WALPIN, s. 177.

<sup>79</sup> PIZZI, s. 848.

<sup>80</sup> DAMASKA, "Evidentiary Barriers...", s. 525.

savunma hakkı bakımından ihlâllere yol açabilecek bu katı yetki, öngörülen alternatif delil ileri sürme yöntemleriyle yumuşatılmaya çalışılmıştır. Örneğin Kıt'a Avrupası sistemine dahil olan Türkiye'de 5271 sayılı Kanunla getirilen "doğrudan soru yöneltme hakkı", çapraz sorgu niteliği taşımasa da, taraflara (sanık ve katılan hariç) duruşmaya katılan süjelere aracısız soru sorma hakkı verir (CMK md. 201).

İki sistemin de avantajları ve dezavantajları vardır. Kıt'a Avrupası sisteminin, Anglo-Sakson sistemine göre delillerin ortaya çıkarılabilmesi için devlet olanaklarının kullanılmasına daha fazla olanak tanıyan bir sistem olduğu kabul edilir. Örneğin tanıklar tarafların değil, mahkemenin çağırıldığı tanıklardır.<sup>81</sup> Diğer yandan Anglo – Sakson hukuk sisteminde, tarafların çağırıldığı tanıklar dinlenir. Taraflar, iddialarını ispatlayabilmek adına kendi tanıklarını sorgulamak ve gerçeği ortaya koymak durumundadır.

## 2. Çapraz Sorgunun Hukuki Niteliği

Anglo – Sakson sisteminde sorgu usulünün en temel özelliğini, mahkeme huzurunda sorgulanan tanıkların karşı tarafça çapraz sorguya tabi tutulmaları oluşturur. Çapraz sorgu bir sorgu yöntemidir. Bu sistemin temel ilkelerinden biri sözlülük ilkesidir.<sup>82</sup> Nitekim bu sistemde, mahkemede, tarafların tanıkları tanık kürsüsüne geçerek yeminli beyan verirler. Taraf tanığını sorguladıktan sonra, karşı taraf çapraz sorgu yöntemini uygular. En sonda aydınlanılmamış hususlar varsa tanığı çağırarak yeniden soru sorabilir. Yargıç tanığa soru soramaz, yalnızca usul kurallarının uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür

Kıt'a Avrupası sisteminde ise duruşma sanığın sorgusuyla başlar. Mahkeme başkanı (yargıç), sanığa itham edildiği suçu açıkladıktan ve haklarını hatırlattıktan sonra, sanığı sorgulamaya geçer. Sanık sorgu usulüne müdahale etme hakkına sahip değildir. Sanığın iki şekilde hareket etmesi mümkündür: Sanık ya olaya ilişkin olarak susma hakkını kullanır ya da yargıcın sorduğu sorulara cevap verir. Sanığın yalan söyleme ihtimali de her zaman vardır. Bu nedenle Kıt'a Avrupası sisteminde delil serbestisi ilkesi yanında delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi de kabul edilmiştir. Bu sistemde sanık yemin altında sorgulanmaz; sanığın sorgu sırasında sarsılması sunulan beyanın güvenilirliğini etkilemez. Delilleri serbestçe değerlendirme yetkisine sahip olan süje yargıçtır, mahkemedir. Yargıç çelişkili durumları

---

<sup>81</sup> BRADLEY, s. 472. Kıt'a Avrupası sisteminin uygulandığı Türkiye'de de, tanık çağırma yetkisinin mahkemenin tekelinde olmasının savunma hakkını ihlal edeceği kabul edildiğinden, iddia ve savunmaya tanıkları yanında getirme hakkı tanınmıştır (CMK md. 177, md. 178, md. 179).

<sup>82</sup> CHOO, s. 63-64.



sanığa anlatır ve bunun üzerine bir diyeceği olup olmadığını sorar. Sanığın verdiği beyanı dinleyerek değerlendirmesini yapar.<sup>83</sup>

Çapraz sorgu ile sorgu arasında bir takım temel farklılıklar vardır. Bu farklılıkları iki noktada toplamak mümkündür. Öncelikle sorgu yöntemini gerçekleştiren makam ile sorgulanan şüpheliler iki sistemde farklılık gösterir. Nitekim sorgu, yargıç ya da mahkeme başkanı tarafından yapılırken; çapraz sorgu taraf olarak savcı veya savunma avukatı tarafından gerçekleştirilir. Sorgu, sanığa uygulanırken; çapraz sorgu tanık, bilirkişi ve davaya katılan diğer şüphelilere uygulanır. Bu kişiler, olaya ilişkin bildiklerini tanık kürsüsünden yemin ederek anlatırlar. Savcı iddiasını ortaya koyar, kendi tanıklarının sorgularken tek amacı onlara doğruyu söyletmek değil, aynı zamanda tanıkların ifadelerini sınamak, ifadelerin güvenilirliğini sağlamak, inanılabilirliğini ortaya koymaktır. Zira tanıkların sarsılmadan beyanda bulunmaları çok önemlidir. Bu nedenle esas itibarıyla tanıklık kurumu ve kurumun işleyişi bakımından iki sistem birbirinden ayrılmaktadır.

### **III. Anglo – Sakson Sorgu Usulü**

Anglo – Sakson sisteminde sorgu usulü üç aşamalıdır: Esas sorgu, çapraz sorgu ve yeniden sorgu. Bu üç yöntem birbirini takip etmek zorundadır. Esas sorgu yapılmadan çapraz sorguya geçilemez; çapraz sorgu yapılmadan yeniden esas sorguya geçilemez. Her bir sorgu yönteminin amacı farklı olmakla birlikte, elde edilen tanık beyanları bir bütün halinde değerlendirilir.

Savcının mahkûmiyet kararını elde edebilmesi için hem iddiasını şüpheden arı bir şekilde ispatlaması, hem de savunma makamının iddialarını çürütmesi gerekir. Beraat kararı içinse, savunmanın yalnızca davadaki iddialar hususunda şüphe yaratması yeterlidir. Bu başarı, karşı tarafın delilinin zayıflığı kadar, esas sorununun sağlam olmasına da bağlıdır. Savcı ya da avukat, esas sorgu sırasında tanığının sorgularken, karşı tarafın çapraz sorguda saldırıya geçeceği hususları önceden öngörebilmelidir. Zira çapraz sorguyu yapan tarafın amacı, tanık beyanını zayıflatmak, sarsmaktır.<sup>84</sup>

#### **1. Esas Sorgu**

Esas sorgu, tarafların kendi tanığının sorgulamasıdır. Her iki taraf da kendi davasını destekleyebilmek amacıyla tanık çağırır. Amaç, uyumsuzluğa ilişkin tanığın bildiği önemli ve kabul edilebilir tüm delilleri ortaya çıkarmaktır. Kabul edilebilirlik delilin geçerli ve güvenilir olmasına

---

<sup>83</sup> DAMASKA, “Evidentiary Barriers...”, s. 526-527.

<sup>84</sup> STONE, s. 97.

bağlıdır.<sup>85</sup> Taraflar, kendi tanıklarına olayı açıklayıcı sorular yönelterek hukuka uygun ve güvenilir delil elde etmeye çalışırlar.<sup>86</sup> Bu sorguya “doğrudan sorgu” da denilmektedir.<sup>87</sup>

Esas sorgu tartışmasız sorgulamanın yapıldığı sorgu aşamasıdır. Ancak bazen esas sorgu aşamasında da tartışmalı konular ortaya çıkabilir. Tartışmalı konularda etkili bir esas sorgu, sorguyu yapanın iddiasını destekler; iddiayı daha ikna edici ve anlaşılır kılar.<sup>88</sup> Bu nedenle esas sorguda, sorgulayan taraf tartışmalı hususları tutarlı hale getirmeye çalışmalı ve tanığa tartışmalı konuları tamamlamaya yönelik sorular yöneltilmelidir. Bu amaç doğrultusunda, olayın gerçekleşme şekline ilişkin bir teori oluşturulmalı ve bu teori üzerine sorgulama yürütülmelidir.<sup>89</sup> Sorgulamayı yapan taraf, elde ettiği beyanın açıkça, tereddüde yer vermeden ortaya konulmasına da çabalamalı, tanığı yönlendirmelidir. Sorgu sırasında tanığın konuşmalarının anlaşılır olmasına, olay yerini betimlemesine, olay yerine yakınlığına, olayları kronolojik sıra içerisinde anlatmasına, karmaşık konuları tekrarlamasına, görsel yardımlar almasına ve delilin ayrıntılarını ortaya koymasına özen gösterilmelidir.<sup>90</sup>

Esas sorguda delilin ikna ediciliği de büyük önem taşır. Tanığa olayı anlattırmak, tarafların yeteneğine bağlıdır. Bu aşamada tanığın anlattıklarının gerçeği yansıtması, gereksiz ayrıntı verilmesinden kaçınarak olayın irdelenmesi ve sanık aleyhine kullanılabilecek zayıf noktaların açıklanması, çapraz sorguda tanığın karşılaşılabileceği sorulara hazırlıklı olmasını sağlar ve delilin ikna ediciliğini ortaya koyar.<sup>91</sup>

Esas sorgu yapılırken uyulması gereken sorgu yöntemleri vardır. Bu aşamada tanığa yöneltilen sorular, ucu açık sorular olmalıdır. Esas sorgu, tanığın bildiklerini anlatmasına yönelik bir yöntem olduğundan, bu aşamada “yönlendirici soru” veya “yanıtı içinde soru” sorulmaz. Yönlendirici soru, tanıktan belli bir cevap alınmasının beklendiği veya bir olgunun ima edilmeye çalışıldığı soru türüdür. Örneğin tanığa “saldırganın yüzünü çok net gördünüz değil mi?” şeklinde bir soru yönlendirici nitelik taşır. Cevabı ucu açık değil, aksine “evet” ya da “hayır” olan sorular yönlendirici

---

<sup>85</sup> STONE, s. 72; ROBERTS-ZUCKERMAN, s. 106 vd.

<sup>86</sup> MUNDAY, s. 159.

<sup>87</sup> DENNIS, s. 571.

<sup>88</sup> STONE, s. 72; DÖNMEZ, Burcu Demren, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 203-204.

<sup>89</sup> STONE, s. 72; DÖNMEZ, s. 204-206.

<sup>90</sup> STONE, s. 73-75; DÖNMEZ, s. 204-206.

<sup>91</sup> STONE, s. 76-77; DÖNMEZ, s. 205-211.

sorulardır.<sup>92</sup> Yönlendirici nitelik taşıyan bir başka soru türü de tartışmalı olguya ilişkin yöneltilen sorulardır. Örneğin “eşinizi dövmekten ne zaman vazgeçtiniz?” şeklinde bir soru, tanığın eşini dövdüğü hususu tartışmalı bir olgu iken, bu soruya verilecek cevap da tartışmayı yönlendirmiş olur. Yönlendirici soru, elde edilen delilin kabul edilebilirliğini değil, onun değerini etkiler.<sup>93</sup>

Esas sorguda yönlendirici soru sorulmasının kabul edilmeme nedeni, tanığın beyanının bütünlüğünü sağlamaktır. Nitekim yönlendirici soru, ihtilafli konulara ilişkin olduğunda, tanığın bildiklerini yönlendirme ihtimali taşır. Ancak istisnai olarak bazı durumlarda esas sorgu sırasında yönlendirici soru sorulmasına izin verilebilir. Özellikle sorgulamaya zarar vermeyecek nitelikte rutin hale gelmiş; tanığın ismi, adresi ya da ihtilaf konusu olmayan maddi olgular hakkında tanığın doğrulaması gereken bilgiler için yönlendirici soru tekniği kullanılabilir.<sup>94</sup>

Esas sorgu sırasında tanığın bazen bildiklerini açıklayabilmesi için yardıma ihtiyacı olabilir. Örneğin günlüğü veya önceden tuttuğu notları ya da poliste vermiş olduğu ifadesi tanığa yardımcı olabilecek nitelik taşıyan belgelerdir. Ancak tanığın bildikleri tam aksi yönde olsa dahi yazılı bir belgeden yararlanmasında okuduklarından etkilenme olasılığı oldukça yüksektir. Bu riski en aza indirmek için yazılı bir belgeden yararlanma olanağı belgeyi okumak şeklinde değil sadece hatırlamak amacıyla kısa süreli bir göz atma olanağıyla sınırlandırılmıştır.<sup>95</sup>

Tanığın esas sorgu sırasında bildiklerini zamansal ve kurgusal olarak bir düzen içerisinde anlatabilmesinde tanığın duruşmadaki tanıklığa hazırlanması önemli bir rol oynar.<sup>96</sup>

## 2. Çapraz Sorgu

Çapraz sorgu, esas sorgunun ardından tanığın karşı tarafça sorgulanmasıdır. Bu sorgu yöntemi tüm yargılamalarda vazgeçilmez bir niteliğe sahiptir. Zira tanık esas sorgu sırasında ya önceki ifadesinin aynısını ya da benzerini tekrarlar veya önceki beyanını reddeder. Diğer taraf da tanığın ifadesinin aksini iddia eder. Bu durumda hangi tarafın doğru

<sup>92</sup> ROBERTS – ZUCKERMAN, s. 335; CHOO, s. 71; INGRAM, s. 289.

<sup>93</sup> DENNIS, s. 585-586.

<sup>94</sup> ROBERTS – ZUCKERMAN, s. 335; CHOO, s. 71-72; INGRAM, s. 290-292; DENNIS, s. 585.

<sup>95</sup> ROBERTS – ZUCKERMAN, s. 335-336; CHOO, s. 74-75; DENNIS, s. 586.

<sup>96</sup> LANGBEIN, s. 1-2.

söylediğine nasıl kanaat getirilecektir? İşte bu sorunun cevabı bir sorgu yöntemi ile beyanın güvenilirliğini ve inanılabilirliğini sınamaktır.<sup>97</sup> Çapraz sorgu, tanığın olaya ilişkin hikâyesinin eksiksizliğini, geçerliliğini ve doğruluğunu sınamak için kullanılan güçlü ve etkili bir silahtır.<sup>98</sup> Bu sorgu, tanık beyanının sınava tabi tutulma yöntemi olarak da nitelendirilebilir. Çapraz sorgu yöntemi, tüm yargılama sürecinin bir parçası olarak algılanmalı ve değerlendirilmelidir.<sup>99</sup>

Çapraz sorgunun amacı, karşı tarafın iddiasını veya onların tanıklarının duruşunu zayıflatmak ve çapraz sorgulayan tarafın lehine olan gerçekleri ortaya çıkarmaktır. Duruşmada sorgulayan taraf, tanığın doğru söyleyip söylemediğini; yalan söylüyorsa isteyerek mi yoksa istemeden mi bu şekilde beyanda bulunduğunu ortaya çıkarabilmek için tanığın çapraz sorguya tabi olması kaçınılmazdır.<sup>100</sup> Tanık, ettiği yemine bağlı kalarak doğruyu, sadece doğruyu söylese; diğer yandan avukatlar da sadece doğrunun ortaya çıkmasına çabalasa, tanığın çapraz sorguya tutulmasına gerek yoktur. Ancak doğruyu yalandan ayırabilmek, verilen beyandaki gereksiz, aşırı olan bilgileri azaltmak için çapraz sorgu iyi bir yöntemdir.<sup>101</sup>

Ceza yargılamalarında çelişkiler tanığın açıklamalarında ya da birden fazla tanığın beyanları arasındaki tutarsızlıklar şeklinde ortaya çıkabilir veya beyan ile belge delilleri arasındaki tutarsızlıklar da olabilir.<sup>102</sup>

Çapraz sorguda, konuya bağlı olarak gerçeklerin ortaya çıkarılması amacıyla değişik teknik ve taktikler kullanılır. Çapraz sorgunun yapıcı ve yıkıcı olmak üzere iki işlevi vardır. Avukat, davasını ispatlamak için, karşı tarafın tanığından yeni bir delil elde edebilir. Esas delil çapraz sorguda elde edilir; bu nedenle taraf kendi yönlendirmesiyle konuya işaret eder. Çapraz sorgunun yapıcı etkisi, sorguyu yapan tarafa yardımcı olabilecek delilin elde edilmesidir. Bu etki, iyi bir esas sorguya bağlı olarak ortaya çıkar. Bu sorgunun bir de yıkıcı etkisi vardır ki, bu etkinin ortaya çıkabilmesi için karşı tarafın tanıklığını zayıflatmak ve inanılabilirliğini sarsmak gerekir.<sup>103</sup>

Çapraz sorgu, tanığı çağıran tarafın değil karşı tarafın sorgulama yöntemidir. Bu nedenle tanığı çağıran taraf, kendi tanığını sadece esas sorguya tabi tutabilir. Zira davasını ispatlamak için tanık çağıran tarafın,

<sup>97</sup> WELLMAN, Francis L., The Art of Cross Examination, USA 1905, s. 21.

<sup>98</sup> ROBERTS – ZUCKERMAN, s. 296; INGRAM, s. 302; DENNIS, s. 596.

<sup>99</sup> STONE, s. 4.

<sup>100</sup> WELLMAN, s. 21.

<sup>101</sup> DURSTON, s. 429-430.

<sup>102</sup> STONE, s. 4.

<sup>103</sup> STONE, s. 4; MURPHY, Peter, Murphy On Evidence, 11. Edition, Oxford University Press, United Kingdom 2009, s. 601; CHOO, s. 79; MUNDAY, s. 164-165; DENNIS, s. 596.

kendi tanığını çapraz sorguya tabi tutması ve beyanını sarsması bir çelişki olur. Ancak çağrılan tanık, gerçekleri söylemek istemez veya ispat için uygun olmayan beyanda bulunur ya da sürekli olarak sorulan sorulara “bilmiyorum” cevabı verirse, tanık “muhasım tanık” ilan edilir ve çağırın taraf tarafından da çapraz sorguya tabi tutabilir.<sup>104</sup>

Çapraz sorgu, esas sorgudan iki hususta farklılaşır: İlk farklılık sorgulama usulü bakımından ortaya çıkar. Şöyle ki; çapraz sorgunun sınırlarının esas sorgudan daha geniş olması nedeniyle, çapraz sorgulamayı yapan taraf tanığa yönlendirici sorular sorabilir.<sup>105</sup> İkinci farklılaştığı husus sorgulamanın kapsamına ilişkindir. Tanığa yöneltilecek tüm sorular kural olarak ihtilafli konularla ilgili olmalıdır. Bunun istisnaları tanığın inanılırlığını sorgulamak ve olası bir tanığın ortaya çıkma ihtimalinin varlığıdır.<sup>106</sup> Daha açık ifadeyle, çapraz sorgulayıcı, esas sorguda ortaya çıkmayan herhangi bir konuda da tanığa soru sorabilir; sorular, esas sorguda ortaya çıkmayan gerek uyuşmazlıktaki soruna, gerekse tanığın itibarına ilişkin olabilir. Örneğin yargılamada bir ikrar yapılmışsa ve ilgili görüşme bandı gösterilmişse, ilgili polis memurları esas sorgu sırasında koridorda şüpheli/sanığa yapılan sözde önceki tehditler hakkında hiçbir şey söylememişse; savunma makamı çapraz sorguda ifade odaları dışında meydana gelen tehditlere ilişkin soru sorabilir. Sorular olayla ilgisiz ve yasal bir gerekçe olmaksızın örneğin davayı uzatmak amacıyla sorulmuşsa, yargıç çapraz sorguya müdahale edebilir.<sup>107</sup>

Çapraz sorguyu gerçekleştirecek olan tarafın bir takım becerilere sahip olması gerekir. Öncelikle mantıklı bir düşünce yapısına, açık bir algıya, öngörüye, sonsuz bir sabıra sahip olmalı ve kendi kendini kontrol edebilmelidir. Bunun yanında sezgisel olarak kişinin zihninden geçenleri tahmin etme, yüzünden karakterini değerlendirme, konuyla ilgili derinlemesine bilgi sahibi ve olağanüstü tedbirli olma ile hepsinden önemlisi sorgudaki tanığın zayıf yönlerini ortaya çıkarabilme becerileri bir sorgunun başarılı olmasında büyük rol oynar.<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> CHOO, s. 72-73; ROBERTS-ZUCKERMAN, s. 338; MUNDAY, s. 161; INGRAM, s. 291; DENNIS, s. 592-593.

<sup>105</sup> DENNIS, s. 585; VEZİROĞLU, Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu-Çapraz Sorgu, s. 111; VEZİROĞLU, Çapraz Sorgu, s. 383.

<sup>106</sup> DENNIS, s. 597; VEZİROĞLU, Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu-Çapraz Sorgu, s. 111; VEZİROĞLU, Çapraz Sorgu, s. 383.

<sup>107</sup> DURSTON, s. 429-430.

<sup>108</sup> WELLMAN, s. 22-23.

### 3. Yeniden Sorgu

Yeniden sorgu; çapraz sorgudan elde edilen yanıtların eksik kalması, açıkça anlaşıl(a)maması durumunda tanığı çağırın tarafın yaptığı bir sorgulama yöntemidir. Yeniden sorgulama, sınırlı bir sorgulama yöntemidir.<sup>109</sup>

Bu sorgu, tekrarlanan bir sorgu aşaması olduğundan esas sorgudaki kurallara göre gerçekleştirilir. Bu nedenle, yeniden sorgu aşamasında yönlendirici soru sorulamaz. Bu aşama, esas sorguya yeni bir delil ekleme olanağı vermemektedir. Ancak çapraz sorguda ilk kez ortaya çıkan bir delil, yeniden sorgu yapılmasına yol açabilir.<sup>110</sup>

Yeniden sorguyu yapan taraf, çapraz sorguda açıkça ele alınmayan ancak ortaya çıkan ve anlaşılmayan konuları da sorguya dâhil edebilir. Sorgulanan tanık, çapraz sorguda kendi beyanına zarar veren ya da beyanının inanılırlığını sarsan belirsiz ve çelişkili tüm konuları açıklama hakkına sahiptir.<sup>111</sup>

Yeniden sorgunun amacı, tanık beyanının inanılırlığını tekrar oluşturmaya yöneliktir. Bu aşamada kabul edilen delil, güçlü ve etkili olabilir. Bu nedenle çapraz sorguyu yapan tarafın, sorgu sırasında daha ileri delil sunumuna işaret edecek konuları dikkatli düşünmesi gerekir.<sup>112</sup>

Yeniden sorguda yeni bir delilin ortaya çıkması halinde, yargıç karşı tarafa çapraz sorgu hakkı tanımalıdır. Amaç, yeni elde edilen delilin güvenilirliğini ve inanılırlığını sınamaktır.<sup>113</sup>

### IV. Anglo – Sakson Hukukunda Elde Edilen Tanık Beyanlarının Değerlendirilmesi

Anglo – Sakson hukuk sistemiyle Kıt'a Avrupası hukuk sistemi arasında delil hukuku bakımından farklılıklar vardır. Kıt'a Avrupası hukukunda aklî olan ve olayı temsil eden her delil kabul edilirken; Anglo – Sakson hukukunda tanıklardan elde edilen beyanın kabul edilebilirliği önem taşır.<sup>114</sup> Delilin kabul edilebilirliği, ispatlanmak istenen olguya ilişkin ve geçerli olmasını gerektirir.<sup>115</sup>

<sup>109</sup> MURPHY, s. 626; INGRAM, s. 305.

<sup>110</sup> DENNIS, s. 618; MURPHY, s. 626-627.

<sup>111</sup> MURPHY, s. 626-627; MUNDAY, s. 183.

<sup>112</sup> MURPHY, s. 626-627.

<sup>113</sup> MUNDAY, s. 183-184; INGRAM, s. 305.

<sup>114</sup> DAMASKA, "Evidentiary Barriers...", s. 513.

<sup>115</sup> ROBERTS-ZUCKERMAN, s. 96 vd.

Bütün hukuk düzenlerinde, delil elde edilirken ortaya çıkabilecek olan aykırılıklar tamamen bertaraf edilemese bile, bu durum delillere ilişkin kurallarla en aza indirgenmeye çalışılır. Hukuka aykırılıklar kasıtlı olabileceği gibi, dikkatsizlik ve özensizlik nedeniyle de ortaya çıkabilir.

Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde soruşturmanın amacı yalnızca esassız ithamları elemek değil, aynı zamanda mahkemeye delil niteliği taşıyan olgular hazırlamaktır. Bu nedenle, soruşturma evresinde savunma makamına soruşturma dosyasını inceleme ya da ispat aşamasında yapılan işlemlere katılma olanağı tanınmaktadır. Savunma makamının delillerin hazırlanması aşamasına katılım derecesi sistemden sisteme değişiklik gösterir. Kıt'a Avrupası sisteminde savunma makamına (sanığa ve müdafine) yargılama aşaması başlamadan önce soruşturma dosyasını inceleme hakkı tanınmıştır. Soruşturma dosyasında savcının elde ettiği bütün deliller yer alır. Savunma makamı dosyayı incelemekle toplanan deliller hakkında fikir sahibi olur ve savunmasını bu delillere göre hazırlar. Savcının soruşturma sonucunda oluşturduğu iddianamesi, hangi hukuki gerekçelerle dava açtığını ve davasını ispatlamak için mahkemeye hangi delilleri ileri sürdüğünü içermelidir. Şüphesiz ki, her iki tarafın da yargılamada delil ileri sürme hakkı saklıdır. Ancak ne zaman taraflardan biri yargılama sırasında yeni bir delil ileri sürmek ister, mahkemenin bunu kabul etmesi gerekir. Tarafların davayı uzatmak amacıyla yeni bir delil ileri sürmek istemesi halinde yargıç bu istemi reddeder. Kıt'a Avrupası hukuk sistemi soruşturma evresinde tüm bilgi ve belgelerin her iki tarafça bilinmesine olanak tanımaktadır.<sup>116</sup>

Anglo – Sakson sisteminde ise delilin geçerli ve güvenilir olması önemlidir. Ancak elde edilen tanık beyanlarına ilişkin olarak hatalarla karşılaşmak mümkündür. Tanıklığa ilişkin olarak gözleme dayalı hatalar ve hafızaya dayalı hatalarla karşılaşılabilir. Gözlem hataları olayın özellikleri ile çevresel koşullardan kaynaklanabileceği gibi, tanığın kişisel gözlemlerinden de ortaya çıkabilir. Nitekim, olayın özellikleri dikkate alındığında, tanığın olayı görmesi, olaydaki kişilere, objelere dikkat etmesi beyanı açısından büyük önem taşır. Tanığın algılaması ile gerçekte yaşananlar farklı olabilir. Tanığın algılamasını etkileyen birçok dış faktör vardır. Örneğin hareket eden objeler veya insanların varlığı, birden çok kişinin bulunması, tanığın şiddete maruz kalması, belirsiz durumların yanlış yorumlanması, akılda kalıcı ya da ilgi çeken olayların görülmesi, seslerin, konuşmaların duyulması tanığın algılamasını etkileyebilir.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> DAMASKA, "Evidentiary Barriers...", s. 533-534.

<sup>117</sup> STONE, s. 17-21; DÖNMEZ, s. 155-159.

Yine olay sırasında tanığın gözlemini etkileyebilecek birçok çevresel faktörle de karşılaşmak mümkündür. Örneğin aydınlanma, mesafe, hava koşulları, görüş alanında bulunan engeller ya da dikkat dağıtıcı olaylar tanığın algılamasını zorlaştırabilir. Bunların yanında tanığın kişisel özelliklerinden kaynaklanan algılama hataları da olabilir. Örneğin tanığın anlama ve aktarma yeteneğinin zayıf olması, olay sırasında tanığın fiziksel koşullarının algılamasını azaltması ya da yok etmesi veya psikolojik durumu hatalı beyanlara yol açabilir. Diğer yandan tanığın hafızasına ilişkin hatalarla da karşılaşmak mümkündür. Zira tanık gördüklerini unutabilir, hatırlayamadığı boşlukları tahminleriyle doldurmaya çalışabilir veya olay sonrası gördüklerini diğer kişilerle tartışabilir, farklı fikirlere kapılabilir, ifade sırasında polis telkinlerden etkilenebilir, kafasındaki boşlukları kendi bilinçaltına yerleşmiş arzularının, korkularının ve güdülerinin etkisiyle doldurabilir. İşte yargılama süresince karşılaşılan tüm bu hataları, iyi bir çapraz sorguyla bertaraf etmek mümkündür. Hukuki bilgisi iyi olan taraf, karşı tarafın tanığını sorgularken bu hataları ortaya çıkarabilecek sorular sormalı, çelişkilerin üzerine gitmeli ve tanığın ifadesini sarsmalıdır.<sup>118</sup>

Ceza muhakemesinde yargılanacak uyumsuzluğun iki temel unsuru vardır: Fiil ve fail. Tanık, olaya ilişkin bildiklerini anlatırken, olayın esaslı unsurlarından olan fail hakkında da bilgi verir. Tanık, failin kimliğine ilişkin olarak açıklamalarda bulunurken bazı etkenler nedeniyle yine hataya düşebilir. Failin görsel kimlik teşhisinde tanıma, benzetme ve ayırt edici karakteristik özellikleri, tanığın teşhisinde önemli bir rol oynar. Zira failin yüzünü, simasını tanıyan tanık, mahkemede bunu dile getirir; mahkeme de güvenilir bir beyan kabul ederse, failin kimliği ispatlanmış olur. Bazen tanık, suç işleyen kişiyi tanımayabilir, yüzünü benzetebilir ya da yüzündeki ayırt edici bir özelliği hatırlayabilir. Tanığın polis ifadesindeki tanımlaması da kimlik teşhisinde önem taşır. Tanık, failin kimliğini polisteki adli albümdeki fotoğrafları görerek de teşhis edebilir. Ancak failin kimliğine yönelik başvurulan tüm yöntemlerde tanığın hataya düşmesi mümkündür. Bu hatalar, çapraz sorgu sırasında ortaya çıkarılarak delilin güvenilirliği artırılabilir.<sup>119</sup>

Güvenilir olan bir delil, aynı zamanda gerçeği de yansıtmalı, inanılır olmalıdır. Çapraz sorgu, esas sorguya göre değerlendirildiğinde daha geniş sorgulama imkânı tanıyan bir yöntemdir. Ancak çapraz sorguda da sorular bakımından kural olarak ihtilafli konularla sınırlama söz konusu iken,

---

<sup>118</sup> STONE, s. 22-30; DÖNMEZ, s. 159-165.

<sup>119</sup> STONE, s. 30-38; DÖNMEZ, s. 165-171.



tanığın inanılrlığı ve olası bir tanığın ortaya çıkma ihtimallerinin gündeme gelmesiyle bu sınır ihtilaflı olmayan konulara kadar genişleyebilmektedir.<sup>120</sup>

Inanılrlık, iki şekilde değerlendirilebilir: Tanığın gözlemine ilişkin anlattıklarının inanılrlığı söz konusu olabileceği gibi, tanığın karakteriyle de ilgili olabilir. Bu durumda “ek soru” başlığı altında yöneltilen sorularla çapraz sorgunun alanını genişletmek mümkündür. Çapraz sorguda aleyhe bir beyan elde edildiği takdirde, bunu çürütmek amacıyla karşı tanık beyanı sunulmak istenebilir. Bu durumda da davanın uzayıp gitme sakıncası ortaya çıkar. Bu nedenle, ek soru şeklinde yöneltilen sorulara verilen cevaplar kural olarak nihai kabul edilir.<sup>121</sup> Nihai olmasının anlamı çapraz sorgulayıcının elde edilen aleyhe delili çürütmek amacıyla karşı beyan sunma olanağına sahip olmamasıdır. Ancak nihai yanıt, delilin doğruluğunu ortaya koymadığı gibi, çapraz sorguya devamını da etkileyen bir husus değildir.<sup>122</sup> Diğer yandan çapraz sorguda ortaya çıkan konu ihtilaflı konulara ilişkinse veya hem ihtilaflı konulara hem de tanığın inanılrlığına ilişkinse, bu beyan tali nitelikte kabul edilmez.<sup>123</sup>

#### **V. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Düzenlenen Doğrudan Soru Yönelme Hakkının Değerlendirilmesi**

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 201. maddesiyle doğrudan soru yönelme hakkı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir. Heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyeti oluşturan hâkimler, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir”.

Doğrudan soru yönelme ile çapraz sorgu birbirinden farklı yöntemlerdir. Çapraz sorgu, esas sorguyu takiben taraflar arasında cereyan eden tanık sorgulama usulünün bir parçasıdır. Doğrudan soru yönelme ise,

<sup>120</sup> MURPHY, s. 614; VEZİROĞLU, Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu-Çapraz Sorgu, s. 111; VEZİROĞLU, Çapraz Sorgu, s. 383.

<sup>121</sup> “Nihailik kuralı”nın beş tane istisnası vardır: Eski bağdaşmaz beyanlar, sabıkalar, yalancı bilinme, önyargı ve inanılrlığı etkileyen zekâ geriliğine sahip kişilerin beyanları. Ayrıntılı bilgi için bkz. VEZİROĞLU, Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu-Çapraz Sorgu, s. 112- 113; VEZİROĞLU, Çapraz Sorgu, s. 383- 384; MURPHY, s. 611-612, 614.

<sup>122</sup> DENNIS, s. 600; VEZİROĞLU, Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu-Çapraz Sorgu, s. 111; VEZİROĞLU, Çapraz Sorgu, s. 383.

<sup>123</sup> MURPHY, s. 614.

iddia ve savunma makamlarının duruşmaya katılan süjelere, hâkim aracılığıyla değil, doğrudan soru sormaları olanağı tanıyan bir yöntemdir. Zira Kıt'a Avrupası sisteminde sorgu ve soru kısmı ayrı bölümlerden oluşur. Oysa ki çapraz sorgu, sorgulamanın bir parçasıdır.<sup>124</sup>

Ceza davalarında taraflar; iddia makamını temsilen savcı, savunma makamını temsilen ya sanık ya da avukatıdır (müdafiidir). Suçtan zarar gören kişi, Anglo – Sakson sisteminde iddia makamının tanığı olarak duruşmaya katılırken; Kıt'a Avrupası sisteminde savcının yanında bireysel iddia makamını temsil eder. Bu nedenle Anglo – Sakson sisteminde katılanın tanık sıfatını alması ve çapraz sorguya tabi tutulması mümkündür. Kıt'a Avrupası sisteminde ise katılan, iddia eden tarafı oluşturmaktadır. Doğrudan soru yöneltme hakkının esin kaynağı olan çapraz sorgu yönteminde katılan sorgulayan değil, sorgulanan konumdadır. Kıt'a Avrupası sisteminde kanun koyucunun, katılan kişinin hukuki bilgisizliği nedeniyle doğrudan soru sorma hakkını kısıtlamış olabileceği düşünülebilir. Zira hâkim değerlendirmesinden geçmeden doğrudan sorular sorular, gereksiz tartışmalara yol açabileceği gibi, tekrar niteliğinde de olabilir. Bu durum da davanın uzamasına neden olur. Sanığa doğrudan soru yöneltme hakkı verilmemiş olması, yine aynı gerekçelere dayandırılabilir. Anglo – Sakson sisteminde de sanık ya bir avukat aracılığıyla savunmasını yapar ya da şahsen savunma yapar. şahsen savunma yaparken hukuki bilgi eksikliği nedeniyle, yargıç sanığın lehine olacak şekilde aktif bir rol üstlenir. Bu nedenle yine sanık yargıç kontrolünde duruşmanın disiplinini bozmayacak şekilde çapraz sorgulamasını yapar. Kanun koyucunun yine hukuki bilgi yetersizliği nedeniyle sanığın duruşma disiplinini bozma ihtimalini önlemek ve davanın gereksiz yere uzamasına engel olmak amacıyla sanığa bu hakkı tanımadığı düşünülebilir. Dikkat edilirse, kanun koyucu bu süjelerin soru sormasına değil, doğrudan soru sormasına izin vermemiştir. Pek l  bu süjeler hâkim aracılığıyla soru sorma hakkına sahiptirler.<sup>125</sup>

Diğer yandan sorgulanacak süjeler; sanık, katılan, tanık, bilirkişi ve duruşmaya çağrılmış diğer kişiler olabilir. Anglo – Sakson sisteminde sanık yemin ederek tanık kürsüsünden beyan verir ve yemin altında çapraz

<sup>124</sup> KUNTER, “cross examination” kelimesini “karşılıklı sual sorma” olarak hukuk dilimize tercüme etmiştir. Yazar, Kıt'a Avrupası sisteminin, tanığın soru cevap şeklinde sorgulanmasını değil, sözü kesilmeksizin konuşmasını ve sonra soru sorulmasını tercih ettiğini belirtmiştir. Bkz. KUNTER, s. 643-644, dipnot 337.

<sup>125</sup> Kanun koyucunun sanık ve katılana doğrudan soru yöneltme hakkı tanınamasının nedenini, bu süjelerin hukuki bilgisizlikleri nedeniyle gereksiz tartışmalara ve duruşmaların uzamasına sebebiyet verecekleri görüşüne dayandıran yazarlar için bkz. DÖNMEZ, s. 285; ÖZBEK, Veli  zer-KANBUR, M. Nihat- DOĞAN, Koray-BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 667; ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Cilt, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 130.

sorguya tabi tutulur. Kıt'a Avrupası sisteminde ise sanık hâkim tarafından sorgulanır ve yemin vermez.

Anglo – Sakson sisteminde çapraz sorgu, sorgulama usulünün bir ayağını oluşturur. Bu nedenle esas sorguyu takiben çapraz sorguya, sonra da yeniden sorguya geçilir. Kıt'a Avrupası sisteminde ise doğrudan soru yöneltmenin sorgulama akışı içinde ne zaman uygulanacağı belirtilmemiştir. Kanaatimizce çapraz sorgunun amacının esas sorgu sonrası sorgulanan kişiden yeni delil elde etme ve çelişkileri ortaya koyma olduğu dikkate alındığında, doğrudan soru yöneltme hakkının da zamansal olarak gerçekleştirildiği an netleştirilebilir. Bu düşüncemizden hareketle doğrudan soru yöneltme hakkı, ilgili süje dinlendikten ve olağan soru sorma yöntemi uygulandıktan sonra kullanılmalıdır.<sup>126</sup>

Kıt'a Avrupası sisteminde de duruşmaya katılan süjelere (sanık ve katılan hariç) doğrudan soru yöneltme olanağı tanınması, savunma hakkı bağlamında olumlu bir adımdır. Son zamanlardaki gelişmelere bakıldığında hukuk sistemlerinin gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla birbirlerinden etkilendikleri ve bunun sonucunda bazı usul kurallarını kendi mevzuatlarına dahil ettikleri görülür. Ayrıca İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3 (d) bendinde adil yargılanma hakkı kapsamında tanıkların dinlenmesinde hak eşitliğine değinilmiştir. Bu maddeye göre her tanık iki tarafça da sorgulanmalı ve dinlenilmelidir. Doğrudan soru yöneltme hakkı da, bu gelişime paralel bir düzenleme olarak hukuk sistemimizde yerini almıştır. Ancak doğrudan soru yöneltme hem sistemdeki yeri hem de uygulama alanı bakımından çapraz sorgudan tamamen farklıdır.

## SONUÇ

Çapraz sorgu, iki eşit tarafın mücadelesinin muhakemeye yansıdığı itham sistemi içerisinde doğmuş ve Anglo – Sakson sisteminde gelişmiş bir sorgulama yöntemidir. Anglo – Sakson hukuk sisteminde deliller tanık beyanları üzerinden elde edilir. Bu nedenle gerek beyan gerek belge gerekse belirti niteliğindeki delillerin mahkeme huzuruna getirilip sunulması zorunludur.

Anglo – Sakson sisteminde sorgu usulünün üç ayağı vardır: Esas sorgu, çapraz sorgu ve yeniden sorgu.

---

<sup>126</sup> FEYZİOĞLU da esin kaynağı çapraz sorgu yöntemi olan doğrudan soru yöneltme hakkının, esas sorgulamaya yardımcı ve seçimsel nitelikte olduğunu düşünmektedir. Bkz. FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s. 350; ŞAHİN, Cumhuriyet-GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 117.

Esas sorguda, taraf (savcı-avukat) kendi tanığını sorgular. Sorgulama sırasında tanığın olaya ilişkin bildiklerini zamansal ve kurgusal olarak bir düzen içerisinde anlatmasına özen gösterilmelidir. Esas sorgu sonrası, karşı taraf tanığı çapraz sorguya tabi tutar. Çapraz sorgunun amacı tanıktan, lehe delil elde etmek ve tanığın beyanını sarsmaktır. Çapraz sorguyu takiben, tanığı çağıran taraf, açıklanmamış bir husus varsa yeniden sorgu kısmında tanığına soru yöneltmek konuyu netleştirebilir.

Çapraz sorgu Anglo – Sakson usul sisteminin bir parçasıdır. Günümüzde hukuk sistemlerinin gerçeği ortaya çıkarma çabaları sonucunda, başka hukuk sistemlerinden etkilendikleri ve bu sistemlerin bazı kurumlarını kendi usul sistemlerine dâhil ettikleri görülür. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 201. maddesindeki düzenleme de bu gayretin bir göstergesidir. Bu maddeye göre “*Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler*”.

Doğrudan soru yöneltme; sanık, tanık, bilirkişi ve duruşmaya katılan diğer süjelerin sorgulanmaları bittikten sonra gerçekleştirilmesi gereken yardımcı veya seçenek bir sorgulama yöntemidir. Doğrudan soru yöneltme hakkı, çapraz sorgu yöntemi gibi Kıt'a Avrupası sisteminde sorgu usulünün yapı taşı değildir.

## KAYNAKÇA

- BRADLEY, Craig M., “The Convergence of the Continental and the Common Law Model of Criminal Procedure”, *Criminal Law Forum*, Vol. 7, No. 2, 1996, s. 471-484.
- CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul 2012.
- CHOO, Andrew L-T, *Evidence*, Oxford Universty Press, USA 2009.
- DAMASKA, Mirjan, “Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 121, 1972-1973, s. 506-588. (**Evidentiary Barriers...**)
- DAMASKA, Mirjan, “Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure”, *The Yale Law Journal*, Vol. 84. No.3, January 1975, s. 480-544.
- DAMMER, Harry R. – FAIRCHILD, Erika – ALBANESE, Jay S., *Comparative Criminal Justice Systems*, 3. Ed., USA 2006.
- DEBARBA, Kirsten, “Maintaining the Adversarial System: The Practice of Allowing Jurors to Question Witnesses During Trial”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 55, 2002, s. 1521-1548.
- DENNIS, Ian, *Evidence*, 4. Edition, United Kingdom 2010.
- DÖNMEZ, Burcu Demren, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.
- DURSTON, Gregory, *Evidence*, Text&Materials, Oxford University Press 2008.
- FEYZİOĞLU, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Ankara 1996.
- FINDLEY, Keith A., “Adversarial Inquisitions: Rethinking The Search For The Truth”, *New York Law School Law Review*, V. 56, 2011/12, s. 911-941.
- FINEGAN, Sharon, “Pro Se Criminal Trials and the Merging of Inquisitorial and Adversarial Systems of Justice”, *Catholic University Law Review*, Vol. 58, 2008-2009, s. 445-500.
- GOLDSTEIN, Abraham S., “Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure”, *Stanford Law Review*, Vol. 26, 1973-1974, s. 1009-1026.
- HODGSON, Jacqueline, “Conceptions of the Trial in Inquisitorial and Adversarial Procedure”, <http://ssrn.com/abstract=1503969>, s. 1, Atıf tarihi: 20.02.2013
- INGRAM, Jefferson L., *Criminal Evidence*, 10. edition, USA 2009.
- KESSLER, Amalia, “Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, And The Search For An Alternative To The Adversarial”, *Cornell Law Review*, Vol. 90, 2004-2005, s. 1181-1276.

- KEYMAN, Selâhattin, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara 1970.
- KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989.
- LANDSMAN, Stephan, “A Brief Survey of the Development of the Adversary System”, Ohio State Law Journal, Vol. 44, 1983, s. 713-742. **(A Brief Survey...)**
- LANDSMAN, Stephen, “The Decline of the Adversary System and the Changing Role of the Advocate in that System”, San Diego Law Review, Vol. 18, 1980-1981, s. 251-262. **(The Decline of the Adversary System...)**
- LANGBEIN, John H., The Origins of Adversary Criminal Trial, Oxford University Press, 2005.
- LIND, E. Allan – THIBAUT, John – WALKER, Laurens, “Discovery and Presentation of Evidence in Adversary and Nonadversary Proceedings”, Michigan Law Review, Vol. 71, No. 6, May 1973, s.1129-1144.
- MUNDAY, Roderick, Evidence, Oxford University Press, 2007.
- MURPHY, Peter, Murphy On Evidence, 11. Edition, Oxford University Press, United Kingdom 2009.
- NAGORCKA, Felicity – STANTON, Michael – WILSON, Michael, “Stranded Between Partisanship and the Truth? A Comparative Analysis of Legal Ethics in the Adversarial and Inquisitorial System of justice”, Melbourne University Law Review, Vol. 29, s. 448-477.
- ÖZBEK, Veli Özer-KANBUR, M. Nihat- DOĞAN, Koray-BACAŞIZ, Pınar-TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012.
- PIZZI, William T., “The American ‘Adversary System’?”, West Virginia Law Review, Vol. 100, 1997-1998, s. 847-852.
- PLOSCOWE, Morris, “The Development of Present - Day Criminal Procedures in Europe and America”, Harvard Law Review, Vol. 48, 1934-1935, s. 433-473.
- POTTER, John, “Çaparz Sorgu”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 2. Cilt, Ankara 2000, s. 386-394.
- ROBERTS, Paul – ZUCKERMAN, Adrian, Criminal Evidence, 2. edition, Oxford University Press, 2010.
- STONE, Marcus, Cross – Examination in Criminal Trials, London 1988.
- SWARD, Ellen E., “Values, Ideology and the Evolution of the Adversary System”, Vol. 64, Indiana Law Journal, 1988-1989, s. 301-355.
- ŞAHİN, Cumhur-GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Ankara 2013.

- ŞEFİK, Narin Ferdi, “KKTC Ceza Hukukunda Duruşma Sahfası ve Delillerin Değerlendirilmesi”, Türkiye Cumhuriyeti – Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu, Kasım 2000, Ankara 2001, s. 87-102.
- TEZCAN, Durmuş, “Ceza Davalarında Çapraz Sorgu”, Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 637-642.
- TOROSLU, Nevzat-FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Cilt, 6. Baskı, Ankara 2012.
- VEZİROĞLU, ÇETİN, “Çapraz Sorgu”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 2. Cilt, Ankara 2000, s. 379- 385. (**Çapraz Sorgu**)
- VEZİROĞLU, Çetin, “Çapraz Sorgu”, Türkiye Cumhuriyeti – Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu, Kasım 2000, Ankara 2001, s. 102-115. (**Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu-Çapraz Sorgu**)
- VOLKMANN-SCHLUCK, Thomas, “Continental European Criminal Procedure: True or Illusive Model?”, American Journal Criminal Law, Vol. 9, 1981, s. 1-32.
- WALPIN, Gerald, “America’s Adversarial and Jury Systems: More Likely to Do Justice”, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 26, 2003, s. 175-187.
- WELLMAN, Francis L., The Art of Cross Examination, USA 1905.





# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN AL-SKEİNİ KARARI – BANKOVIĆ KARARINDAN SAPMA

*Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA\**

## **Özet**

*Al-Skeini kararı AİHK'nun 1.maddesi ışığında jurisdiction kavramının yorumuna yeni bir ışık tutmuştur. AİHM'nin bu kararı ile Banković kararı tümüyle geçerliliğini kaybetmemekle beraber, Konvansiyon devletlerinin kendi ülkeleri dışında gerçekleştirdikleri tasarruflara AİHK'nun uygulanma koşulları kısmen yeniden formüle edilmiş, diğer bir ifade ile değiştirilmiştir. Bu dava gelecekteki davaları yönlendirme bakımından önem taşımaktadır.*

*AİHM yükümlülüklerin derecelendirilmesi yaklaşımını teyit etmiştir. Buna göre konvansiyon devletlerinin yükümlülüklerinin duruma uyum sağlaması söz konusu olabilecektir. Konvansiyon devleti konvansiyon haklarını temin etmekle mükellef olmakla beraber, söz konusu hakkın kapsamı yetkinin extraterritorial kullanılmasına bağlı olarak değişebilecektir. Konvansiyon devletlerinin extraterritorial yetki kullanılması durumlarında karşılaştıkları zorluklar bu çerçevede dikkate alınacaktır. Konvansiyon bu şekilde Avrupa kamu düzeninin dışında da uygulama bulacaktır. AİHM diğer ifadelerinde jurisdiction kavramının DH'ndaki tanımı ve buna bağlı olarak tasarrufun hukuka uygunluğu üzerinde durmamıştır.*

*Jurisdiction AİHK muvacehesinde sorumluluğa esas olan koşullardan birini oluşturmaktadır. Diğer taraftan da jurisdiction AİHK'dan doğan yükümlülüklerin kapsamını belirlenmede esas teşkil etmektedir.*

*Al-Skeini kararı insan hakları ışığında önem taşımakla beraber dogmatik olarak kimi sorulara cevap getirmemiştir. AİHM konvansiyonun geçerlilik alanı dışında (Avrupa dışında) önceden bir tutuklama olmadan (örneğin hedef alınarak öldürülme durumlarında)münferit güç kullanma durumlarının nasıl değerlendirileceğine ışık tutmamaktadır. Bunun yanısıra ülkesel ve kişiler üzerinde etkin denetimden ve normal olarak ülke devleti*

---

\* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

tarafından kullanılan yetkililerden ne anlaşılması gerektiği yeterince açıklığa kavuşturulmamıştır. *Al-Skeini* kararının bununla beraber extraterritorial yetki kullanımı durumlarında AİHK'nun uygulanma koşullarını belirlemesi neden ile ileriye giden bir adım olarak değerlendirilmesi uygundur.

7 Temmuz 2011'de Büyük Daire *Al-Skeini ve others – United Kingdom* davasında uzun süredir beklenen kararını açıkladı (*Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, Application no. 55721/07, Council of Europe: European Court of Human Rights, 7 July 2011, bkznz. at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e2545502.html>). Dava İngiliz askerleri tarafından 2003 Irak operasyonu esnasında öldürülen 6 sivil Iraklı'nın akrabaları tarafından İngiltere aleyhine açılmıştır. Kurbanlardan bir tanesi tutuklu iken sorgulama ertesinde ölmüştür. Diğer dördü devriye, ev araması yahut İngiliz askerleri ve bilinmeyen silahlı kişiler arasındaki çatışmada Basra'da vurulmuşlardır. Bu ölüm vakalarının sadece birisi için bağımsız bir soruşturma yapılmıştır. Diğerleri için ise İngiliz mercileri tarafından çok sınırlı bir soruşturma yapılmıştır. Şikâyetçiler İnsan Hakları Sözleşmesinin 2.maddesinde yer alan yaşam hakkına istinat etmiştir ve soruşturma yükümlülüğünün ihlâl edildiğini iddia etmiştir. İnsan hakları mahkemesi şikâyetçilerin İngiliz jurisdiction'una tâbi olup olmadıklarını ve tâbi iseler İngiliz Krallığının AİHK'nun 2.maddesinden doğan prosedürel yükümlülüklerini ihlâl edip etmediğini karara bağlamıştır. 12 Aralık 2001 tarihli *Banković* kararından 10 yıl sonra AİHM, AİHK'nun 1.maddesi muvacehesinde jurisdiction kavramının yorumu ve konvansiyonun extraterritorial uygulanması sorununu ele almak durumunda kalmıştır.

AİHK'nun 1.maddesine göre anlaşma tarafları kendi egemenlik yetkisine tâbi olan bireylere Konvansiyonda yer alan hakları ve özgürlükleri temin etmekle yükümlüdür. 1.madde Konvansiyonun uygulanma alanını iki şekilde sınırlamaktadır (Magdalena Jankowka-Gilberg, *Extraterritorialität der Menschenrechte-Der Begriff der Jurisdiktion im Sinne von Art.1 EMRK*, 2008, s.127). Öngörülen birinci sınırlamaya göre Konvansiyon devletleri sadece Konvansiyonda yer alan hakları temin etmekle yükümlüdür (Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4.bası, 2009, §12, Rn.49). İkinci sınırlamaya göre ise Konvansiyon devletleri egemenlik yetkilerine tâbi olan kişilerle sınırlı olarak bu hakları temin etmekle yükümlüdür (Robert Uerpman-Witzack, bkznz.: Dirk Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3.bası 2009, §33 Rn.51). Konvansiyon devletlerinin jurisdiction'una tâbi olmayan bir kişi tarafından açılan dava *ratione personae caiz* olarak kabul edilmemektedir. Jurisdiction kavramı AİHK'nun 1.maddesi muvacehesinde bu nedenle gerek üye devletlerin sorumluluğunun, gerekse AİHM'nin yetkisinin tespiti

bakımından temel bir anlama sahiptir. Bu koşul eşik kriter olarak kabul edilmektedir. Son yıllarda Mahkeme tekrar tekrar bu konuyla iştiğal etmiştir. Banković kararı diğler davaların gerekçelerine daima dayanak olmuştur. Ancak literatürde yapılan eleştirilerde işaret edildiğı üzere karar açık bir çizgi ortaya koyamamıştır (bknz.: Dirk Ehlers (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, §2 Rn.51, 3.bası 2009).

İngiltere Krallığı açılan davada sorumluluğunu reddederken Banković kararının gerekçesine istinat etmiştir (bknz.: 7 Temmuz 2011 tarihli Al-Skini kararının 109-119 paragrafları). Jurisdiction İngiliz Krallığının görüşüne göre prensip olarak ülkesel olarak sınırlıdır. Bir bireyin konvansiyon devletinin tasarrufundan etkilenmesi onun mutlak olarak konvansiyon devletinin jurisdiction'una tâbi olduğı sonucunu doğurmaz. İngiliz Krallığı savunmasında Konvansiyon haklarının temini çerçevesinde hakların parçalanmaması ve özel koşullara uyum sağlanması ile ilgili yükümlülük öngören AİHM'nin yapmış olduğı saptamayı esas almıştır. Buna göre Konvansiyon devletleri kendi egemenlik yetkileri çerçevesinde tüm Konvansiyon haklarını temin ile yükümlüdür. Konvansiyon bunun ötesinde Avrupa ordre public'inin bir enstrümanıdır ve prensip olarak Avrupa alanında fonksiyonunu göstermektedir. İngiltere Krallığı, Irak'ta etkin bir denetim icra etmediğinin altını çizerek jurisdiction'un extraterritorial uygulanmasına ilişkin diğler olası dayanakların bu çerçevede söz konusu olmadığını askeri ve güvenlik eylemlerinin icrası esnasında ortaya çıkan ölümlerin jurisdiction'un uygulanması olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Prosedürel yükümlülüklerin ihlâline ilişkin olarak ise İngiltere Krallığı Irak'taki istikrarsız duruma ve ülkedeki yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin kullanılmasındaki boşluğa işaret etmiştir (bknz.: 7 Temmuz 2011 tarihli Al-Skeini kararının 152.paragrafı vd.). İki ölüm olayında soruşturmaların AİHK'nun 2.maddesinde öngörülen gerekliliklere uygun olarak yerine getirilmediğini kabul eden İngiltere Krallığı, Konvansiyonun konvansiyon devletlerine olanaksız yahut ölçü dışı yükümlülükler getirecek şekilde yorumlanamayacağını, extraterritorial yükümlülüklerin uygulanmasının söz konusu olması halinde özel durumların dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. AİHM'si söz konusu gerekçelere itibar etmemiş ve sonuç olarak şikâyetçinin İngiltere'nin jurisdiction'una tâbi olduğunu ve 6 öldürme olayından 5'i için AİHK'nun 2.maddesinin ihlâl edildiğini kabul etmiştir.

AİHM kararın başlangıcında jurisdiction kavramı için önemli olan genel prensipleri tekrar etmiştir. Jurisdiction'un uygulanması AİHK'nun 1.maddesi muvacehesinde bir devleti sorumlu kılmak için gerekli koşuldur (bknz. kararın 130.paragrafı). Jurisdiction prensip olarak konvansiyon

devletlerinin ülkeleriyle sınırlıdır. Extraterritorial tasarruflar sadece istisnai durumlarda AİHK'nun 1.maddesi muvacehesinde egemenlik yetkisinin kullanımı olarak kabul edilebilir. AİHM bu çerçevede istisnaları iki gruba ayırmaktadır. Bunlar Konvansiyon devletlerinin organlarının extraterritorial egemenlik–denetim yetkisi kullanması (state agent authority and control, bkzn.: kararın 138-140 paragrafı) ve yabancı ülkelerde etkin denetim (“state agent authority and control, bkzn.: kararın 139-140 paragrafı) yetkisi kullanmasıdır. İstisnalar bakımından AİHM diplomatik ve konsolosluk tasarrufları yanısıra, normal olarak ülke devleti tarafından bireylere karşı kullanılan yetkileri örnek olarak saymıştır. AİHM, Banković kararından farklı olarak sürpriz bir sonuca varmıştır. İlgili kişi bakımından önemli olan Konvansiyon devletinin konvansiyon haklarını temin etmekle yükümlü olmasıdır. Bu çerçevede Konvansiyonda yer alan haklar bölünebilir ve sınırlanabilir (divided and tailored, bkzn.: kararın 131.paragrafı). AİHM Banković kararında yükümlülüklerin mevcut koşullara uyumu olasılığını açık olarak reddetmiştir (bkzn.: 12 Aralık 2001 tarihli Banković kararının 137.paragrafı). Hakların hepsi yahut hiçbiri görüşü literatürde yoğun eleştiri almıştır (Magdalena Jankowka-Gilberg, Extraterritorialität der Menschenrechte-Der Begriff der Jurisdiktion im Sinne von Art.1 EMRK, 2008, s.153-156). AİHM'nin daha sonraki kararlarında bireylerin belli kapsamda konvansiyon devletlerinin jurisdiction'una tâbi olmalarını teyit eden örnekler bulunmakla beraber ilk kez Al-Skeini davasında açık bir şekilde bireylerin belli kapsamda konvansiyon devletlerinin jurisdiction'una tâbi olması kabul edilmiştir.

Loizidou kararı ışığında ülkesel denetim ikinci istisnayı oluşturmaktadır. Etkin ülkesel denetim Banković kararında da jurisdiction kavramının ülkesel yaklaşımına geçerli bir istisna olarak teyit edilmiştir. Al-Skeini kararında etkin ülkesel denetim çerçevesinde AİHM konvansiyon devletinin yerel otoritelerin politikaları ve tasarrufları üzerinde detaylı bir denetime sahip olmasının mutlak olarak belirleyici olmadığını ve etkin denetimin kabulünün değişik faktörlerin değerlendirilmesine bağlı (örneğin askerlerin sayısı, yerel yönetimin siyasi ve ekonomik desteklenmesi gibi) olduğunu kabul etmiştir. Konvansiyonun esas olarak Avrupa hukuk alanında uygulanma bulduğuna ilişkin İngiltere'nin görüşüne karşı olarak AİHM, AİHK'nın 1.maddesinin Konvansiyonun Avrupa ülkeleri dışında uygulanmasını olanaksız kılmadığını kabul etmiştir (bkzn.: 7 Temmuz 2011 tarihli kararın 142.paragrafı).

AİHM şikâyetçinin ölen akrabalarının İngiltere Krallığının jurisdiction'una tâbi olup olmadığı konusu çerçevesinde, İngiltere'nin işgal gücü olarak insani Devletler Hukuku bağlamında kendi yetki ve sorumlulukları olduğundan hareket ederek söz konusu özel koşullar altında

İngiliz askerlerinin öldürülen siviller üzerinde yetki ve denetim uyguladığı ve bu şekilde kurbanlar ve İngiltere Krallığı arasında jurisdictional bir bağ oluştuğu tespitini yapmıştır “(...) the United Kingdom assumed authority and responsibility for the maintenance of security in South East Iraq. In these exceptional circumstances, the Court considers that the United Kingdom, *through its soldiers* engaged in security operations in Basrah during the period in question, *exercised authority and control over individuals killed* in the course of such security operations, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention” (bknz.: 7 Temmuz 2011 tarihli kararın 149.paragrafi). AİHK'nın 2.maddesinin ihlali ile ilgili incelemeye AİHM Irak'taki olağanüstü zor duruma işaret ederek başlamıştır. AİHM sivil altyapının, bu meyanda otopsi için uzmanlara ve kurumlara erişmenin zorluğuna ve işgalciler ve yerel halk arasındaki dil ve kültür farklılığına ve güvenlik problemlerine işaret edilmiştir (bknz.: 7 Temmuz 2011 tarihli kararın 168.paragrafi). AİHM bir soruşturmanın AİHK'nun 2.madde anlamında etkin olabilmesi için gerekli olan kriterleri yeniden tekrar etmiştir. Extraterritorial özel durumlarda AİHM öncelikle soruşturmanın bağımsızlığı üzerinde durmaktadır. Sonuç olarak mahkeme sadece bir şikâyetçi bakımından bağımsız ve şeffaf soruşturma için gerekliliklerin yerine getirildiğini kabul etmiştir. Al-Skeini kararı konvansiyonun extraterritorial durumlarda uygulanmasına ilişkin önemli ve birbirleri ile çatışan sorunlara cevap getirmiştir. Konvansiyonun extraterritorial durumlarda hangi koşullara bağlı olarak uygulanabileceği şimdiye kadar AİHM'nin çok sayıda kararında ve literatürde tartışılmıştır.

Banković kararından önce de AİHK'nun 1.maddesi muvacehesinde jurisdiction'un sadece tasarrufta bulunan devletin ülkesi ile sınırlı olmadığı kabul edilmiştir. AİHM'nin bu çerçevedeki en dikkat çekici kararı Türkiye-Kıbrıs uyuşmazlığı çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Söz konusu bu kararda, konvansiyon devletinin kendi ulusal ülkesi dışında bulunan bir ülkede etkin kontrolü sağlaması durumunda hukuka uygun yahut hukuka aykırı askeri operasyonu çerçevesinde sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu etkin denetimin doğrudan konvansiyon devletinin askeri gücü veya dolaylı olarak tâbi durumda olan yerel yönetim üzerinden sağlanması mümkündür (bknz.: 23 Mart 1995 tarihli Loizidou kararının 62.paragrafi). Yabancı, ancak işgal edilmemiş ülkelerde (havadan bombardıman edilen) savaş eylemleri ile konvansiyon yükümlülüklerinin ihlâl edilmesi durumunda konvansiyonun uygulanabilirliğinin reddedildiği Banković kararı ile AİHM içtihatını genişletmiştir. Kararda AİHM etkin ülkesel denetim eksikliğinden hareket ederek tasarruftan etkilenen kişilerin konvansiyon devletlerinin jurisdiction'una tâbi olmadığı sonucuna varmıştır. Jurisdiction'a esas olan

diğer önemli kriterleri mahkeme dikkate almamıştır. Özellikle hedeflenen ölümlerin jurisdiction'u tesis edip etmediğı üzerinde durulmamıştır (Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, 2011 s.190).

Yabancı, ancak işgal edilmemiş topraklardaki savaş eylemlerine ilişkin daha sonraki kararlarında AİHM Banković kararı kadar katı bir tutum sergilememiştir. 16 Kasım 2004 tarihli Issa davasında AİHM jurisdiction'un tesisi konusunda iki alternatif formüle etmiştir. Bu olasılıklardan birisi konvansiyon devletinin etkin ülkesel denetim icra etmesidir. AİHM'nin 1.maddesi anlamında jurisdiction ancak ilgili kişilerin – ilk durumdaki söz konusu ülke üzerinde denetimden farklı olarak- konvansiyon devletinin yetki ve denetimine tâbi olması halinde ortaya çıkabilir (Joanne Williams, *Al-Skeini: A Flawed Interpretation of Banković*, *WILJ* (2005) 23,701). Sonuç olarak AİHM Türkiye'nin ülke üzerinde etkin denetime sahip olduğunu teyit edememiştir (bkz.: 16 Kasım 2004 tarihli Issa kararının 74.paragrafı vd.). Aynı şekilde şikâyetçi Türk askerlerinin akrabalarını tutukladığını ve öldürdüğünü ispat edememiştir.

AİHM Al-Skeini kararında jurisdiction kavramının ülkesel yaklaşımla ilgili iki istisnasına istinat etmiştir. Mahkeme gerek ülkesel, gerekse kişiler üzerinde denetimi esas almıştır (bkz.: 7 Temmuz 2011 tarihli kararın 131 paragrafı vd.). AİHM Banković davasında jurisdiction kavramının yorumuna DH tanımını esas almıştır. AİHM jurisdiction kavramına DH muvacehesinde tasarrufa ilişkin hukuki yetki anlamını vermiştir. Mahkemenin bu yaklaşımı eleştirilmiştir (Hugh King, *The Extraterritorial Human Rights Obligation of States*, *HRLR* 9 (2009), s.536). Herşeyden önce insan hakları bağlamında yetkinin caiz kullanımının değil, fiilen kullanılmasının önemli olduğuna dikkat çekilmiştir. Al-Skeini davasında mahkeme bu konuya değinmemiştir.

Al-Skeini kararında mahkeme Konvansiyondan doğan yükümlülüklerden kesinti yapılamayacağına ilişkin konuya yeniden dönmüştür. Banković davasında şikâyetçiler kullanılan denetim yetkisi ölçüsünde nispi olarak konvansiyonda öngörülen hakların teminini talep etmiştir. AİHM şikâyetçilerin bu talebini, bu talebin AİHK'nın 1.maddesine aykırı düşeceği gerekçesi ile reddetmiştir. Kararın gerekçesine göre Konvansiyon haklarının temini mükellefiyeti parçalanamaz ve bu mükellefiyet extraterritorial tasarrufların özel koşullarına uydurulamaz. AİHM konvansiyon haklarının bir bütün olarak temin edilmesini istemiştir. Al-Skeini kararında konvansiyon devletlerinin koşullara uygun sorumluluğı kabul edilmiştir. Şayet bir konvansiyon devleti ajanları üzerinden bireyler üzerinde egemenlik yetkisi kullanıyorsa, konvansiyon haklarını temin etme

yükümlülüğü sadece bireyin içinde bulunduğu durum bakımından önemli olan haklar için söz konusudur (bknz.: Temmuz 2011 tarihli kararın 137.paragrafı). AİHM'nin vurguladığı gibi, AİHK'nun 2.maddesinde yer alan prosedürel hakların gerçekçi olarak uygulanması extraterritorial durumlarda ortaya çıkan spesifik sorunların dikkate alınmasını gerektirmektedir.

Şimdiye dek mevcut tenakuzlara açıklık getirmek için Al-Skeini kararının diğer açıklamaları konvansiyon sisteminin bölgesel yapısına yönelik olmuştur (Magdalena Jankowka-Gilberg, Extraterritorialität der Menschenrechte-Der Begriff der Jurisdiktion im Sinne von Art.1 EMRK, 2008, s.127). Banković kararına göre Konvansiyon dünya çapında uygulanmak üzere yapılmamıştır. Konvansiyon Avrupa ordre public'inin bir enstrümanıdır. AİHM Loisdou kararında da aynı hususa işaret etmiştir. AİHM Türkiye'nin jurisdiction'unun kabul edilmemesi halinde Kuzey Kıbrıslıların AİHK'nun dışında bırakılarak, insan haklarının korunma sisteminde bir boşluğa yol açılması riskinden hareket etmiştir. Boşluk yaratma endişesinin jurisdiction tesisinde dayanak olarak kabulü eleştirilmiştir. Boşluk yaratma endişesi konvansiyonun uygulanması üzerinde bir etkiye sahip değildir. Zira konvansiyon devleti jurisdiction'u ya kullanır ya da kullanmaz. Etkin denetim sadece jurisdiction'un kullanılması bakımından ölçü olmak durumundadır (Marko Milanovic, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy, 2011 s.86). Al-Skeini kararı, jurisdiction'un reddedilmesinin sistemde prensip olarak bir boşluğa yol açmadığını teyit etmiştir. Ancak bu durum AİHK'nun 1.maddesi muvacehesinde jurisdiction'un Avrupa dışında tesis edilemeyeceği sonucunu vermemektedir.

#### Kararda yer alan etkin denetim kriterleri

AİHM birçok kez jurisdiction kavramının etkin denetim şeklinde anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir. Etkin denetim AİHK'nun 1.maddesinin yorumunda önemli bir rol oynamaktadır. AİHM'nin içtihatı ağırlıklı olarak kasuistik bir özellik göstermekte ve soruna dogmatik olarak daima mütecanis şekilde eğilmemektedir (Andreas Zimmermann/Sara Jötten, Extraterritoriale Staatenpflichten und internationale Friedensmissionen, MRM 2010, s.6).

Yukarıda işaret edildiği gibi yabancı bir ülkenin işgali ve bu ülke üzerinde etkin denetim uygulanması AİHK'nun 1.madde muvacehesinde jurisdiction'un tesisinde bir kriter oluşturmaktadır. Mahkemenin içtihadında vurgulanan etkin denetim koşulu kişiler üzerinde etkin denetimin uygulanması halinde de kabul edilmektedir (bknz.: AİHM'nin 12 Mayıs

2005 tarihli Öcalan davasına ilişkin kararının 91.paragrafı; 29 Mart 2010 tarihli Medvedyev kararının 67.paragrafı). Öcalan davası, şikâyetçinin Türkiye'nin ajanları tarafından Türkiye dışından kaçırılarak tutuklanması nedeniyle açılmıştır. AİHM konvansiyonunun uygulanmasını şikâyetçinin kaçırılma ertesinde Türkiye'nin etkin denetiminde olmasına istinat ettirmiştir. AİHM, şikâyetçinin fiziksel olarak dönüşe zorlandığına işaret etmiştir. Öcalan davasında dile getirilen formül şikâyetçi üzerinde fiziki denetimi bir koşul olarak öngörmüştür. Bu gereklilik ölüm öncesi tutuklamanın olmadığı durumlarda etkin denetimin olup olmadığı tartışmasına yol açmıştır (Elisabeth Strüwer, Zum Zusammenspiel von humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten am Beispiel des Targeted Killing, 2010, s.161 vd.). Öldürme öncesi anlık fiili denetim yeterli görülmemektedir (Elisabeth Strüwer, ibid). Banković kararını eleştirenler bu bağlamda konvansiyon devletleri için ironik bir tavsiyede bulunmuştur: “simply shooting suspects is apparently immune from scrutiny, so long as you are careful not to arrest them first” (Hurst Hannum, Comment on Banković v. Belgium, bknz.: ASIL Proceedings of the 96<sup>th</sup> Annual Meetings 16.03.2002, s.22).

Bununla beraber kişi üzerinde tutuklanmadan önce de etkin denetimin kabul edildiği kimi kararlar bulunmaktadır (Milanovic, s.191). 2007 tarihli Pad davası bir İranlı'nın helikopterden açılan ateşle öldürülmesi üzerine açılmıştır. Türk sınırına yakın bir yerde oturan öldürülen kişi Türk hükümetinin verdiği bilgilere göre yasal olmayan bir şekilde sınırı aşmaya çalışmıştır (bknz.: 28 Haziran 2007 tarihli kararın 21.paragrafı). Ölümün Türk topraklarında cereyan edip etmediği tam açıklığa kavuşmamıştır. AİHM öldürme eyleminin konvansiyon devletinin topraklarında yahut Avrupa “ordre public”inin dışında cereyan edip etmediği hususunda bir tespit yapma gerekliliği duymamıştır. AİHM bakımından jurisdiction koşulunun gerçekleşmesinde hedef alınan kişinin kurşunlarla öldürülmesi yeterli kabul edilmiştir. AİHM'nin bu içtihatında konvansiyon devletlerinin hedeflenen öldürme eylemi ile kasıt olmadan gerçekleşen eylem sonucu ortaya çıkan ölüm arasında ayırım yapıldığı görülmektedir. Muayyen bir konvansiyon hakkının ihlâline yönelik olarak hedeflenen tasarruf, tasarruftan etkilenen kişinin tasarrufu gerçekleştiren konvansiyon devletinin jurisdiction'una girmesine yol açmaktadır (Magdalena Jankowka-Gilberg, s.166 vd.; Elisabeth Strüwer, s.164). Konvansiyon devleti konvansiyonda yer alan hakları hukuka aykırı müdahaleler yapmayarak, ihlâlleri yasaklayarak, şikâyetleri işleme koyarak, memurları cezalandırarak, kurbanların zararlarını karşılayarak yükümlülüklerini yerine getirebilir. Konvansiyon devletinin bu fonksiyonları yerine getirmesi onun jurisdiction'unu uygulaması anlamını taşımaktadır. AİHM'nin yerleşik



içtihatına göre tutuklama, kaçırma, hedeflenen kişilerin öldürülmesi münferit extraterritorial tasarruflar, tasarruftan etkilenen kişilerin tasarrufta bulunan devletin jurisdiction'una tâbi olması sonucunu doğurur.

#### Al-Skeini kararına göre kişiler üzerinde denetim yetkisi kullanılması

AİHM Al-Skeini kararında jurisdiction “state agent and control” istisnası ile de kabul edilmektedir. Al-Skeini kararı ancak gerekçeleri ile diğer örneklerden ayrılmaktadır. AİHM bu kez Öcalan kararına istinat etmemiş, yeni bir formülasyon kabul etmiştir (“the Court has recognised the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contradicting State when, through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, it exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government (*Banković*, cited above, §71). Thus where, in accordance with custom, treaty or other agreement, authorities of the Contracting State carry out executive or judicial functions on the territory of another State, the Contracting State may be responsible for breaches of the Convention thereby incurred, as long as the acts in question are attributable to it rather than to the territorial State (...)”, bknz.: 7 Temmuz 2022 tarihli kararın 135.paragrafı). AİHM diğer koşullar yanısıra normal şartlarda ülke devletin hükümetinin kullandığı tüm veya bazı kamu yetkilerinin kullanılmasını gerekli kabul etmektedir. Bu meyanda AİHM *Banković* kararından alıntılar yapmıştır (paragraf 71). Alıntı yapılan yerde mahkeme egemenlik yetkisinin kullanılması yanısıra gerek ülke üzerinde, gerekse ülke halkı üzerinde etkin denetimin gerekliliğinin altını çizmektedir. AİHM burada ülke ve kişiler üzerinde denetim araçlarına vurgu yapmaktadır (Paolo Ronchi, *The Borders of Human Rights*, *Law Quarterly Review* 2012). İlk yorumlarda AİHM’ne her iki istisnayı birbirleri ile karıştırdığı yolunda eleştiri yapılmıştır (Marko Milanovic, *European Court Decides Al-Skeini and Al-Jedda*, *EJIL; Talk!*, 7 Juli 2011, [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org)). Mahkeme önce işgalden söz etmektedir; İngiltere Krallığını “occupying Power” olarak nitelendirmektedir (bknz.: 7 Temmuz 2011 tarihli kararın 148. Paragrafı), daha sonra istisnai olarak jurisdiction’u tesis için “State agent and control”den söz etmektedir (bknz.: 7 Temmuz 2011 tarihli kararın 149-150. paragrafları). Bu tablonun siyasi açmazdan bir kaçış olarak yorumlanması mümkündür.

Kişiler ve ülke üzerinde etkin denetim kriteri ışığında tesis edilen jurisdiction farklı sonuçlar doğurmaktadır. Yabancı bir ülkede tam bir denetim – Kuzey Kıbrıs’a ilişkin karar ışığında – konvansiyona kapsamlı bağlılık sonucu doğurmaktadır (Theodor Shilling, *Der Schutz der Menschenrechte gegen Beschlüsse des Sicherheitsrats. Möglichkeiten und*

Grenzen, ZaöRV 64(2004), s.354). Bu ülkelerde yaşayan tüm kişilerin bu ülkeyi kontrol eden konvansiyon devletinin egemenlik yetkisine tâbi olması söz konusu olmaktadır. Konvansiyon devletinin sorumluluğu böyle bir durumda kendi tasarrufları ile sınırlı olmayıp, yerel mercilerin tasarruflarını da kapsamaktadır. Yerel yönetimin askeri ve diğer desteklere gereksinimi olması destek veren konvansiyon devletinin sorumluluğuna yol açmaktadır. Bu durum Konvansiyon devletinin oldukça kapsamlı bir sorumluluk altına girdiğini göstermektedir (“The controlling state has the responsibility under Article 1 to secure, within the area under its control, the entire range of substantive rights set out in the Convention and those additional protocols which it has ratified. *It will be liable for any violations of those rights*”, bkz.: 7 Temmuz 2011 sayılı kararın 138.paragrafi). Öcalan kararı muvacehesinde kişi üzerinde etkin denetim, diğer bir ifade ile fiziki kontrol konvansiyon devletinin sınırlı sorumluluğuna yol açmaktadır (Max Schaefer, Al-Skeini and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction, Application, EHRLR 2011, s.578). Konvansiyon devleti kendi tasarrufları ile doğan münferit sonuçlardan sorumlu olmaktadır.

Ülkesel denetim kriterinin kabul edilmesi, diğer bir ifade ile bu topraklarda bulunan herkesin, konvansiyon devletinin jurisdiction’una tâbi olduğunun kabul edilmesi, bu toprakların kendi ülkesi gibi mütalâa edilmesi sonucunu vermektedir. AİHM’nin bunun sonucu olarak denetim altındaki topraktaki tüm insan hakları ihlâlleri şikâyetlerini dikkate almak zorundadır. Kişiler üzerinde etkin denetim iddiası durumunda ise AİHM’nin buna karşılık münferit olarak jurisdiction incelemesi yapması caiz görülmektedir. AİHM bu nedenle kişiler üzerinde denetim kavramını genişletmiş ve yeni bir alt grup oluşturmuştur. Bu şekilde Öcalan davasında dile getirilen kişiler üzerinde fiziki kontrol koşulundan vazgeçmiştir. AİHM hatta kurbanlardan birinin gerçekten İngiliz askerlerinin kurşunlarıyla ölüp ölmediğinden emin olmadan İngiltere’nin jurisdiction’unu kabul etmekte bir problem görmemiştir. İngiliz güçleriyle yapılan çatışmada ölen kurbanı öldüren kurşunun hangi taraftan geldiği tespit edilememiştir. Buna rağmen Mahkeme İngiltere ile jurisdiction bağının oluştuğunu kabul etmiştir. Mahkeme gerekçe olarak “*the death occurred in the course of a United Kingdom security operation, when British soldiers carried out a patrol in the vicinity of the applicant’s home and joined in the fatal exchange of fire*” görüşünü dile getirmiştir (bkz.: 7 Temmuz tarihli kararın 150.paragrafi).

Karara iki karşı oy kullanılmıştır. Jurisdiction’un kabul edildiği istisnalar çerçevesinde jurisdiction’a ülkesel anlam verilmesi eleştirilerin en önemli nedenini oluşturmuştur. Yargıç Rozakis karşı oyunda jurisdiction’un kabul edildiği istisnaların kendi içinde ele alınmasını eleştirmiştir.

Rozakis'e göre gerek jurisdiction'un kabul edildiği "State agent authority and control" istisnası, gerekse jurisdiction'un kabul edildiği ikinci istisna ülkesel denetim kriterini içermektedir; AİHK'nun 1.maddesi muvacehesinde yegâne koşul olarak etkin denetimin öngörülmesi jurisdiction'un kabulünü çok daha basite indirgeyebilirdi. Bu görüş kısmen doğru olarak kabul edilebilir. AİHM etkin denetimi extraterritorial jurisdiction'un temel dayanaklarından biri olarak kabul etmekle beraber, uygulanması bakımından fazla bir alan bırakmamaktadır. Karara göre etkin denetim koşulu muhtemelen sadece şikâyet konusunun konvansiyon devletinin kendi tasarruflarına ilişkin olmadığı durumlarda uygulanacaktır. Diğer bir ifade ile konvansiyon devletinin organlarının yabancı bir ülkede kendisinin değil de, tâbi durumdaki yerel yönetimler üzerinden tasarrufta bulunduğu durumlarda bu tasarrufların konvansiyon devletine tahmili çerçevesinde etkin denetim koşulu ölçü olmak durumunda olacaktır (Magdalena Jankowska-Gilberg, s.169). Aksi takdirde birinci istisnanın ekseri durumları kapsayacak şekilde genişletilmesi söz konusu olacaktır. AİHM'nin gelecekte vereceği kararlarda normal şartlarda ülke devletinin kullandığı yetkileri açıklığa kavuşturması gerekmektedir. Bu ifade ile bu çerçevede olağan egemenlik yetkilerinin kastedilip edilmediği tam açık değildir. Diğer taraftan münferit yetkilerin kullanılmasının ne şekilde değerlendirildiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu çerçevede özellikle Öcalan davasında verilen kararda yer alan ifadelerin açıklığa kavuşması gerekliliği bulunmaktadır ("in certain circumstances, the use of force by a State's agents operating outside its territory may bring the individual thereby brought under the control of the State's authorities into the State's Article 1 jurisdiction. This principle has been applied where an individual is taken into the custody of State agent abroad". AİHM yapılan tutuklamanın altını çizmektedir. Diğer örneklerde de şikâyetçi üzerinde fiziki denetim söz konusu olmuştur. AİHM'nin bu ifadelerle Pad kararının gerekçesinin geçerliliğinden sapıp saptığını ortaya koymamaktadır.

Al-Skeini kararı bir uzlaşma kararıdır. Mahkeme bir taraftan jurisdiction'un mevcudiyetini kabul etmiştir. Diğer taraftan da, bunu olayın olağan dışı koşulları nedeniyle söz konusu olduğunu vurgulamıştır. Kararda yer alan ikinci önemli vurgu ise konvansiyon devletinin yükümlülüklerinin jurisdiction'un kendi ülkesinde kullanılmasına yahut extraterritorial alanda kullanılmasına bağlı olarak farklı kapsamda olabileceğine ilişkindir.

**Kısaltmalar:**

HUDOC	Human Rights Documentation
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ECHR	European Convention on Human Rights
WILJ	Wisconsin International Law Journal
HRLR	Human Rights Law Review
MRM	MenschenRechtsMagazin
ASIL	American Society of International Law
EJIL	European Law of International Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
EHLR	European Human Rights Law Review

### **Bibliyografya:**

- Andreas Zimmermann/Sara Jötten, Extraterritoriale Staatenpflichten und internationale Friedensmissionen, MRM 2010
- Christoph Grabenwarter Europäische Menschenrechtskonvention, 4.bası, 2009, §12, Rn.49
- Dirk Ehlers (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, §2 Rn.51, 3.bası 2009.
- Elisabeth Strüwer Zum Zusammenspiel von humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten am Beispiel des Targeted Killing, 2010
- Hugh King The Extraterritorial Human Rights Obligation of States, HRLR 9 (2009)
- Hurst Hannum Comment on Banković v. Belgium, bkz.: ASIL Proceedings of the 96<sup>th</sup> Annual Meetings 16.03.2002
- Joanne Williams Al-Skeini: A Flawed Interpretation of Banković, WILJ (2005) 23
- Magdalena Jankowka-Gilberg, Extraterritorialität der Menschenrechte-Der Begriff der Jurisdiktion im Sinne von Art.1 EMRK, 2008
- Marko Milanovic Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy, 2011

- Marko Milanovic, European Court Decides Al-Skeini and Al-Jedda, EJIL; Talk!, 7 Juli 2011, [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org)
- Max Schaefer Al-Skeini and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction, Application, EHRLR 2011
- Paolo Ronchi The Borders of Human Rights, Law Quarterly Review 2012
- Robert Uerpmann-Witzack bkz.: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. bası 2009, §33 Rn.51
- Theodor Shilling Der Schutz der Menschenrechte gegen Beschlüsse des Sicherheitsrats. Möglichkeiten und Grenzen, ZaöRV 64(2004)

## **ZOR KULLANMA YETKİSİNE İLİŞKİN SINIRIN AŞILMASI SUÇU**

*Yrd. Doç. Dr. Devrim AYDIN\**

### **GİRİŞ**

Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri denildiğinde akla ilk gelen jandarma ve polis olup zor kullanma yetkisinin kullanılması ise kolluğun, sıklıkla polisin, toplumsal olaylara müdahalesini akla getirmektedir. Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması, toplumsal olaylara müdahale eden kolluğun “orantısız güç kullanması” olarak da bilinmektedir.<sup>1</sup> Toplumsal olaylara müdahale ederek grubun dağılmasını, gösteriyi sona erdirmeyi amaçlayan kolluğun tazyikli su, cop ve son zamanlarda artan biçimde biber gazı kullanım yoğunluğu ve kullanım biçimi tartışma ve eleştiri konusudur. Son birkaç yıl içinde çok ciddi yaralanma vakaları yaşanmış, kimi olaylar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne taşınmış, 2011 yılında biber gazı etkisiyle bir gösterici hayatını kaybetmiştir.<sup>2</sup> 2013 yılı Mayıs ve Haziran aylarında Türkiye geneline yayılan ve Gezi Olayları olarak adlandırılan olaylar sırasında kolluğun toplumsal olaylara müdahale biçimi, niteliği ve kapsamı nedeniyle bu çalışmanın sınırlarını aştığı için ele alınmamıştır. Kolluğun toplumsal olaylara müdahale sırasında gerektiğinde kuvvet kullanması bir hukuka uygunluk nedenidir; ancak diğer hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi burada da yapılan davranışın gerekli ve orantılı olması gerekmektedir.<sup>3</sup>

---

\* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Bkz. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi İnsan Hakları Raporu, TBB Yay., Ankara, Nisan 2013, s. 476.

<sup>2</sup> Bkz. Ümit Ünüvar: “Biber Gazı Öldürür mü?”, Güncel Hukuk Dergisi içinde, Ekim 2012, s. 30-31.

<sup>3</sup> Bkz. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi İnsan Hakları Raporu, s. 476.

Kolluğun görevini yaparken zorunlu olan sınırın ötesinde kuvvet kullanmasının psikolojik ve toplumsal nedenleri başka disiplinlerin konusuna girmektedir.<sup>4</sup> Kanunların verdiği kuvvet kullanma yetkisinin aşılması çok ciddi insan hakları ihlallerine ve daha yeni toplumsal olaylara neden olabilmektedir. Kuvvet kullanmada sınırın aşılması fiilleri devlet ajanları tarafından yapıldığı için bu fiillerden dolayı devletin uluslararası alanda siyasi ve hukuki sorumluluğu da gündeme gelmektedir.

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) m. 256'da yer almaktadır. "Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması" başlıklı m. 256 "*Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*" biçimindedir. Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu, yeni bir suç türü olmayıp 765 sayılı mülga TCK m. 245'te de yer almaktaydı. Mülga TCK'da zor kullanmaya ilişkin sınırın aşılması suçu, Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler başlıklı üçüncü bap altında, Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Sui Muameleler başlıklı altıncı fasılda düzenlenmişti. 765 sayılı mülga TCK m. 245 f.1 "*Kuvvei cebriye imaline memur olanlar ve bilumum zabıta ve ihzar memurları memuriyetlerini icrada ve mafevkinde bulunan amirinin emrini infazda kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalde başka surette bir kimse hakkında suimuamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve cerheylese üç aydan beş seneye kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezaları ile cezalandırılır. Eğer işlediği cürüm bu fiillerin fevkinde ise o cürümlere terettüp eden ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.*" biçimindeydi.<sup>5</sup> İşkence ve kötü muamele fiillerinde cezasızlık olgusunu ortadan kaldırmak amacıyla mahkûm olunan cezanın paraya çevrilmesini ve ertelenmesini önlemek amacıyla 2003 yılında madde metnine yeni bir fıkra eklenmişti. 765 sayılı mülga TCK m. 245'e, 02/01/2003 tarih ve 4778 sayılı kanunla eklenen fıkra "*245'üncü madde ile bu maddede yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez.*" biçimindeydi.

Yürürlükteki düzenleme de mülga düzenlemeye benzer biçimde Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlıklı dördüncü kısımda, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı birinci bölümde düzenlenmiştir. Düzenlenme yerleri aynı olmakla beraber iki hükmün

<sup>4</sup> Bkz. Tülin Günşen İçli: "Güç Kullanma Yetkisi ve Bunun Kullanımında Polisin Çelişkisi", Polis Bilimleri Dergisi, 1998, Sayı:1, s. 69 vd.

<sup>5</sup> Bkz. A. Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Kazancı Hukuk Yay., İstanbul, (Tarihsiz), Cilt 2, s. 960 vd.



kapsamı arasında önemli farklar da bulunmaktadır. Mülga kanun “*Kuvvei cebriye imaline memur olanlar ve bilimum zabıta ve ihzar memurları*” demek suretiyle faillerin kapsamını daha geniş düzenlemekteydi oysa mevcut düzenlemeye göre fail sadece “*zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi*” olabilir. Bunun yanı sıra mülga kanunda “*suimuamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve cerheylese*” denilmek suretiyle fiziksel zorun dışındaki diğer kötü muameleler de bu suçun kapsamında değerlendirilmekteydi; oysa mevcut düzenlemede sadece “*kuvvet kullanılması*” denilerek sadece fiziksel zor-şiddet fiilleri suçun kapsamına alınmıştır. Mülga kanuna 02/01/2003 tarih ve 4778 sayılı kanunla eklenen “*bu maddede yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez*” biçimindeki ikinci fıkra ise kamu görevlilerinin işledikleri bu nitelikteki suçlarda cezasızlık olgusu ile mücadele edebilmek amacıyla bu suçtan dolayı verilecek cezaların ertelenmesi ya da para cezasına çevrilmesi imkanına son vermekteydi. 5237 sayılı TCK’daki düzenlemeye göre bu suç sadece kolluğun “zor-şiddet” kullanılmasının orantısız olduğu hallerde uygulanma imkânına sahiptir. Öte yandan, kanundaki koşulları varsa bu suçtan dolayı yapılan yargılama sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 232/f.5), cezanın ertelenmesi (TCK m. 51), cezanın para cezasına ya da bir başka seçenek yaptırıma çevrilmesi (TCK m. 50/f.1) olanaklıdır. Görüldüğü üzere iki düzenleme arasında suçun faili, tipik fiil, cezanın ertelenmesi ve cezanın seçenek yaptırıma çevrilmesi konularında farklılıklar bulunmaktadır.

Zor kullanmada sınırın aşılması suçu, kişilere karşı aşırı fiziksel güç-kuvvet kullanımının engellenmesini amaçlamaktadır. Bu tür davranışlar yaralama ve işkence suçuna da vücut verebilir. Bu nedenle bu suç ile kasten yaralama suçunun kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (m. 86/f.3,d) ve işkence suçu (TCK m. 94) arasındaki benzerlik ve farkların da ortaya konulması gerekmektedir. Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun unsurları ile işkence ve kasten yaralama suçunun unsurları birbirine çok benzemektedir. Bu suçun varlığı halinde kasten yaralama hükümlerinin uygulanacak olması bile bu hükme ayrıca kanunda yer verilmesine gerek olup olmadığı tartışmasını da beraberinde getirmektedir. TCK m. 256’da, sınırın aşılarak yaralamaya ilişkin sonuçların gerçekleşmesi öngörülmüş ancak kamu görevlisinin öldürmek kastıyla sınırı aşması halinde ne olacağı konusuna ise değinilmemiştir. Bu durumda failin sorumluluğunun ne olacağı da belirsizdir.

Kimi görüşler, zor kullanma yetkisinin aşılması hallerinin de işkence suçu kapsamında değerlendirilebileceğini ve taraf olduğumuz sözleşme hükümlerinin buna uygun olduğunu ileri sürmektedir. Bu çalışmada önce zor kullanmada sınırın aşılması suçu ele alınacak, daha sonra da bu suçun yapay

bir suç olup olmadığı, işkence kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılacaktır.

## **I. ZOR KULLANMADA SINIRIN AŞILMASI SUÇUNA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR**

### **1. Suçun Hukuki Konusu**

Suçun hukuki konusu, suçla korunmak istenen hukuki varlık veya menfaattir. Ceza kanununda suçlar, ihlal ettikleri hukuki konularına göre ayrı ayrı bölümlerde ele alınırlar. Örneğin insan öldürme suçunun hukuki konusu yaşama hakkı, yaralama suçunun hukuki konusu vücut bütünlüğüdür. Bu nedenle insan öldürme suçu hayata karşı suçlar, yaralama ise vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. “*Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*” denilerek bu suçun varlığı halinde kasten yaralama suçuna benzer sonuçların gerçekleşeceği öngörülmüştür. Ancak suçun faili kasten yaralamaya ilişkin hükümlere göre cezalandırılacak olmasına rağmen, suç kişilere karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmemiştir. Zor kullanmada sınırın aşılması suçu “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısımda ve “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümde düzenlenmiştir. Bu durumda zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun hukuki konusunun ve mağdurunun kanunkoyucu tarafından doğru biçimde değerlendirilip değerlendirilmediğinin tartışılması gerekmektedir.

Görevden kaynaklanan ve somut olayın gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanılması bu suça vücut verdiği için, bu suç esasen devlet adına zor kullanan kamu görevlilerinin orantısız fiziksel şiddete uğramalarını engellemeyi amaçlamaktadır. Koşulları gerçekleştiğinde zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin görevinin gerektirdiği ölçüde kuvvet kullanması, bu kuvveti şartlar gerektirdiğinde kademeli olarak artırması ve yine olayın niteliğine göre kullandığı araçları daha basitten daha sert-etkili olacak biçimde çeşitlendirmesi hukuka uygunluk nedenidir.<sup>6</sup> Hukuka

---

<sup>6</sup> Kolluğun orantılı ve kademeli güç kullanma modelleri hakkında bkz. Turan Güzeloğlu: Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 97 vd; M. Kerem Osmanoğlu: Polisin Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları, Beta Yay., İstanbul, 2002, s. 16 vd; Bkz. M. Bedri Eryılmaz – Ayhan Bozlak: “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi içinde, Yıl: 2009, Sayı: 83, s. 240 vd.

uygunluk nedeninde sınırı aşacak biçimde kuvvet kullanılması halinde kişilerin acı çekmesi, yaralanması hatta ölmesi söz konusu olabilecektir. Öte yandan bu suçun bir amacı da devlet adına kuvvet kullanacak kamu görevlilerini kanunlar dâhilinde hareket etmeye zorlamak ve kendilerine verilen kuvvet kullanma yetkisinin kullanımında sınırı aşmamalarını sağlamaktır. Bu nedenle bu suç, bir yandan kişilerin vücut bütünlüklerini korurken diğer yandan da TCK'da düzenlendiği yer itibarıyla da kamu idaresinin işleyiş ve güvenliğini, kısacası kamu idaresinin hukuka uygun işleyişini korumaktadır<sup>7</sup>; oysa bu suçla korunmak istenen hukuki yarar, kamu idaresinin işleyiş ve güvenliğinden ziyade kişilerin beden bütünlükleridir.<sup>8</sup> Bu suçla korunan hukuki yarar işkence, insan öldürmek ya da yaralama suçuyla korunmak istenen hukuki yararların aynıdır. Zor kullanmada sınırın aşılması halinde mağdurun maddi ve manevi dokunulmazlığı, onuru ihlal edilmiş olduğu gibi, kullanılan kuvvetin etkisiyle mağdurun vücut bütünlüğü hatta yaşama hakkı ihlal edilebilir. Ancak kanundaki düzenleme nedeniyle bu suç kişilere karşı ilgili kamu görevlisi tarafından işlenen hakaret teşkil eden fiilleri kapsamaz.

Bu suçun kamu idaresinin işleyiş ve güvenliğine karşı suçlar arasında düzenlenmesinin tek nedeni olarak kamu görevlisinin kanunların genel olarak belirlediği ve somut olayın gerektirdiği oranın dışında bir şiddet kullanarak kamu otoritesini sarsmış olması da ileri sürülemez. Suçun failinin kamu görevlisi olması tek başına o suçun kamu idaresi aleyhine işlenen suçlar arasında düzenlenmesi sonucunu doğurmaz; nitekim mülga TCK'nın dayandığı 1889 ve 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunlarında da yaralama fiillerinin kamu görevlileri tarafından görevleri sırasında işlenmiş olması, yaralama suçunun cezasını artıran bir neden olarak düzenlenmişti.<sup>9</sup> Kanundan kaynaklanan zor kullanma yetkisinin aşılması sonucunda kişilere karşı kullanılan zor-şiddet kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinden öte kişilerin vücut bütünlüklerini, yaşam haklarını ihlal etmektedir. Bu nedenle, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin zor kullanmada sınırı aşmaları biçiminde ayrı bir suç türü kanunda düzenlenecekse, bu suçun düzenlenme yeri kişilere karşı suçlar olmalıdır. Nitekim işkence suçu da mülga Kanun'da devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar arasında

---

<sup>7</sup> M. Emin Artuk - Ahmet Gökçen - A. Caner Yenidünya: 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2013, s. 1068; Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu: Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınları, Ankara, Cilt: 4, s. 3812; M. Emin Artuk: “İşkence Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi içinde, 2008, Sayı:7, s. 19.

<sup>8</sup> Artuk- Gökçen –Yenidünya, s. 1067, dipnot no. 1.

<sup>9</sup> Bkz. Artuk- Gökçen –Yenidünya, s. 1067, dipnot no. 1.

düzenlenmişken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kişilere karşı suçlar arasında (m. 94) düzenlenmiştir.

## 2. Suçun Faili ve Mağduru

Devlet adına zor – şiddet kullanma yetkisi sadece ilgili kanunlarda gösterilen kamu görevlilerine aittir. Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri ise esasen kolluk görevlileridir. Bu suçun faili, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisidir. Bu özelliğinden dolayı bu suç genel bir suç olmayıp, özgü bir suçtur. Özgü suç, sadece kanuni tipte öngörülen belli bir göreve ya da belirli bir niteliğe sahip kişi tarafından işlenebilen suçtur. Kasten yaralama suçunun nitelikli hallerinden (TCK m. 86/f.2, d) olan kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi suçunun faili de sadece kamu görevlisi olabilir. Ancak zor kullanmada sınırın aşılması suçunun faili olan kamu görevlisinin mutlaka zor kullanma yetkisine sahip olması gerekirken, TCK m. 86/f.2, d bendinde düzenlenen durumda failin herhangi bir kamu görevlisi olması yeterli olup mutlaka zor kullanma yetkisine sahip olması gerekmez.<sup>10</sup> Örneğin yakalanarak kelepçelenmiş olan bir şüpheliye tekme vuran kolluk görevlisinin fiili TCK m. 256'yı, okulda öğrencisini döven öğretmenin fiili ise TCK m. 86'yı oluşturacaktır. O halde, her iki suçun faili açısından bir fark yoktur. Zor kullanma yetkisine sahip kişi ancak kamu görevlisi olabilir.

Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri esasen kolluk görevlileri olup bunların başında da jandarma ve polis gelmektedir.<sup>11</sup> Coğrafi olarak Türkiye'nin büyük bir kısmı halen jandarma bölgesi olmasına karşın nüfus yoğunluğu açısından bakıldığında polis çok daha geniş bir nüfusa yönelik görev yapmaktadır. Polisin zor kullanma yetkisi, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun “Zor ve silah kullanma” başlıklı 16. maddesinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.<sup>12</sup> Bu maddede bedensel kuvvet ve maddî gücün yanı

<sup>10</sup> Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Seçkin Yay., Ankara, 2008, Cilt: 2, s. 400.

<sup>11</sup> Gökmen Avcı: “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması”, Terazi Hukuk Dergisi içinde, Yıl:5, Sayı: 52, Aralık 2010, s. 84-85.

<sup>12</sup> “Zor ve Silah Kullanma” başlıklı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 16 aşağıdaki gibidir: “Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve karacak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.

*Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddî güç ve kanuni şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.*

*İkinci fıkrada yer alan;*

*a) Bedeni kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedeni gücü,*

sıra gerektiğinde silah kullanma yetkisi de düzenlenmiştir. Maddede polise karşı gösterilen direniş karşısında polisin “*bu direnişini kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde*” zor ve silah kullanabileceği belirtilmiştir.<sup>13</sup> Jandarmanın görev ve sorumluluğunu düzenleyen Jandarma Görev ve Teşkilatı Kanunu’nda jandarmanın zor ve silah kullanma yetkisinin kapsamı düzenlenmemiş, ancak jandarmanın genel güvenlik ve düzeni sağlamak amacıyla diğer kolluğa yardımcı olacağı belirtilmiştir Jandarmanın zor kullanma yetkisi, Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği’nde, “Zor Kullanma Yetkisi” başlıklı m. 38’de düzenlenmiştir.<sup>14</sup> Bunun yanı sıra

---

b) Maddi güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedeni kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını, ifade eder.

Zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtar yapılır. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir.

Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir.

Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur.

Polis;

a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,

b) Bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişini kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde,

c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir.

Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir.

Polis, direnişini kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılmak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir.”

<sup>13</sup> Kolluğun orantılı güç kullanma modelleri hakkında bkz. Mustafa Gedikli: Savunma Taktikleri- Orantılı Güç Kullanma Uygulamaları, Adalet Yay., Ankara, 2010, s. 73 vd. PVSİK m. 16’daki düzenlemeye yönelik eleştiriler için bkz. Ozan Ergül – Muammer Ketizman: “Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Üzerine”, Güncel Hukuk Dergisi içinde, Ağustos 2007, s. 12- 19.

<sup>14</sup> Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği’nin, “Zor Kullanma Yetkisi” başlıklı m. 38 aşağıdaki gibidir: “Jandarma kanun ve nizamla uygun olarak kişileri yakalama veya

Ceza Muhakemesi Kanunu (m. 168), 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanun (m.24), Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (m. 28 ve 30) kolluğa kimi durumlarda zor kullanma yetkisi vermektedir.<sup>15</sup>

Polis ve jandarmanın yanı sıra kimi özel kanunlarla köy korucuları, tutukevi ve cezaevi infaz memurları, kır ve köy bekçileri<sup>16</sup>, belediye zabıtası ve icra iflas memurları da kanunda belirtilen durumlarda zor kullanma yetkisine sahiptirler.<sup>17</sup> Ancak bu konuda en sorunlu olan, polis teşkilatından çok daha geniş alanda görev yapan ve sayı olarak da polis teşkilatının birkaç katına ulaşmış olan özel güvenlik görevlileridir. Son yıllarda güvenlik hizmetinin de özelleşmeye başlaması üzerine çok sayıda özel güvenlik şirketi ve özel güvenlik görevlisi çok değişik sahalarda görev yapmaya başlamıştır. Spor tesislerinde, hastanelerde, okullarda, üniversitelerde, alışveriş merkezlerinde ve kamu binalarında özel güvenlik görevlileri görev yapmakta ve kimi durumlarda polis ve jandarmanın yanı sıra hatta onlardan önce özel güvenlik görevlileri kişilere karşı zor kullanmaktadırlar. Bu durumda özel güvenlik görevlilerinin zor kullanma yetkisine sahip olup olmadıkları, kamu görevlisi sayılıp sayılmadıkları ele alınmalıdır.<sup>18</sup>

---

*toplulukları dağıtma sırasında karşılaştığı direnmeleri, kırmak, saldırıya yeltenen veya saldırıda bulunanları etkisiz duruma getirmek için zor kullanabilir.*

*Zor kullanmanın niteliği ve derecesi karşılaşılan direnme veya saldırıya göre değişmek üzere; yeterli biçimde ve nitelikte bedeni kuvvet, maddi güç ve şartları gerçekleştğinde her çeşit silah kullanmayı kapsar.*

*Yakalanan kişinin kaçmasını önlemede, gözaltında bulundurulurken ciddi bir tehlike oluşturması ve özellikle birlikte bulundurulduğu kişiler ve personelin güvenliği için zorunlu görüldüğünde veya intihara kalkıştığı ve bu yolda hazırlıkta bulunduğu, bu davranışlarına engel olmak için; yakalanan kimsenin sağlığına zarar vermeyecek şekilde gerekli önlemler alınır.*

*Toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda; zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gerecin seçimi öncelikle, kuvvetin başındaki komutana aittir. Bu konuda mülki amirin yetkileri saklıdır.”*

<sup>15</sup> Bkz. Eryılmaz –Bozlak, s. 230 vd.

<sup>16</sup> Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun’un 23. maddesine göre bu kişiler vazifeleri dolayısıyla işledikleri suçları ve vazifeden dolayı kendilerine karşı görevleriyle bağlantılı olarak işlenen suçlar dolayısıyla Türk Ceza Kanununun kamu görevlilerine ilişkin hükümlerine tabidirler. Bu konuda 2.5.1976 tarihli ve Esas 7, Karar 3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. Gözübüyük, s. 964.

<sup>17</sup> İsmail Malkoç: Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008, Cilt 2, s. 2316 - 2137; Parlar – Hatipoğlu, s. 3613.

<sup>18</sup>Özel güvenlik görevlilerinin yetkilerine dair bkz. Ümit Kocasakal: “Özel Güvenlik Görevlilerinin Silah Kullanma ve Diğer Bazı Zorlayıcı Önlemlere Başvurma Yetkisi”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan içinde, Galatasaray Üniversitesi Yay., İstanbul 2003, s. 353 vd.

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 1. maddesinde özel güvenlik hizmetlerinin, kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyette olduğu, 23. maddede ise özel güvenlik görevlilerinin, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları, özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenlerin kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılacakları belirtilmiştir. Bu düzenlemelere göre özel güvenlik görevlilerinin görevleri sırasında işledikleri fiiller ve kendilerine karşı işlenen suçlar dolayısıyla kamu görevlisi oldukları kanunen kabul edilmiştir. Kanunun 7. maddesinde özel güvenlik görevlilerinin yetkileri sayılmıştır. Buna göre özel güvenlik görevlilerinin Ceza Muhakemesi Kanununun 90 ıncı maddesine göre yakalama; görev alanında, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişileri yakalama ve arama; kişinin vücudu veya sağlığı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması amacıyla yakalama; olay yerini ve delilleri koruma, bu amaçla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 168'inci maddesine göre yakalama; Türk Medeni Kanunu'nun 981'inci maddesine, Türk Ceza Kanunu'nun 24 ve 25'inci maddelerine göre zor kullanma yetkileri vardır.<sup>19</sup>

Bu suçun mağduru ise herhangi bir özellik göstermez. Herkes bu suçun mağduru olabilir. Kolluğun zor kullanırken hedefinde olan kişi veya kişiler örneğin bir gösterici gruptakiler bu suçun mağduru olabileceği gibi olayla hiçbir ilgisi olmayan kişiler, örneğin o sırada yoldan gelip geçenler, olayı görüntüleyen gazeteciler de bu suçun mağduru olabilir. Mağdurun vatandaş ya da yabancı olması, cinsiyeti önemli değildir. Ancak bu suçun varlığı halinde kasten yaralama hükümleri uygulanacağı için, TCK m. 86/f.3'te sayılan mağdurdan kaynaklanan ağırlatıcı nedenler bu suç açısından da geçerli olacaktır.

## II. SUÇUN UNSURLARI

### 1. Suçun Maddi Unsuru

Zor kullanma yetkisi kimi durumlarda kanunun emrinden kimi durumlarda ise kolluk amirinin ya da yetkili makamın emrinden kaynaklanır. Yetkili makamın emri ya da kanunun emri zor kullanma fiilini hukuka uygun hale getirmektedir. Bu nedenle zor kullanmada sınırın aşılması fiilleri esasen özel bir hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılmasıdır. Örneğin 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu m. 24'te belirtilen koşullar

---

<sup>19</sup> Bkz. Kocasakal, s. 365 vd.

gerçekleştğinde kolluğun grubu dağıtmak için zor kullanma yetkisi vardır.<sup>20</sup> Kanunlarda sayılan haller dışındaki zor kullanma yetkisi ancak meşru savunma ya da zorunluluk hali gibi bir hukuka uygunluk nedeninin varlığına bağlıdır.<sup>21</sup>

Bu suçun maddi unsuru, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin kanunların verdiği zor-kuvvet kullanma sınırını aşarak mağdura karşı orantısız/gereksiz şiddet kullanmasıdır. Örneğin, polislerin cezaevi önünde basın açıklaması yapmak isteyen grubu dağıtmak amacıyla gruba coplarla vurmaları sonucu on beş gün iş göremeyecek biçimde yaralanan başvuru ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde (AİHM) görülen Güler/Türkiye Davası'nda AİHM, başvuranın yasadışı olarak bir araya gelen kalabalıkta taraf tuttuğu ve güvenlik güçlerinin müdahalesine direndiği farz edilse dahi, dava dosyasında yer alan hiçbir delilin bu denli yoğun ve şiddetli bir güç kullanımının gerekli olduğunu kanıtlayamadığını işaret ederek Sözleşme'nin "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz." biçimindeki 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>22</sup> Aytaş ve diğerleri/Türkiye davasında da yüksek öğretime ilişkin bir yasa tasarını protesto etmek maksadıyla düzenlenen bir gösteriye katılan öğrenci topluluğunun Taksim meydanında slogan atmaya başlaması ve eylemlerine devam etmesi nedeniyle polisin göstericileri dağıtmak için güç ve biber gazı kullanmasına bağlı olarak gruptaki kişilerin yaralanmasını AİHM Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali olarak nitelemiştir.<sup>23</sup> AİHM Yaşa/Türkiye davasında, 2006'da Diyarbakır'da barışçıl olmayan yasadışı bir gösteriye müdahale sırasında 13 yaşında olan başvuruçunun biber gazı kapsülünün başına isabet etmesi sonucu yaralandığı olaya ilişkin verdiği kararında, barışçıl olmayan gösteriler sırasında meydana gelen şiddet olaylarına müdahale sırasında da biber gazı kullanımından

---

<sup>20</sup> 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu m. 24'e göre, "Kanuna uygun olarak başlayan bir toplantı veya gösteri yürüyüşü, daha sonra 23 üncü maddede belirtilen kanuna aykırı durumlardan bir veya birkaçının vukubulması sebebiyle, Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşü haline dönüşürse: a) Hükümet komiseri toplantı veya gösteri yürüyüşünün sona erdiğini bizzat veya düzenleme kurulu aracılığı ile topluluğa ilan eder ve durumu en seri vasıta ile mahallin en büyük mülki amirine bildirir. b) Mahallin en büyük mülki amiri, yazılı veya acele hallerde sonradan yazı ile teyit edilmek kaydıyla sözlü emirle, mahallin güvenlik amirlerini veya bunlardan birini görevlendirerek olay yerine gönderir.

Bu amir, topluluğa Kanuna uyularak dağılmalarını, dağılmazlarsa zor kullanılacağını ihtar eder. Topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır. Bu gelişmeler hükümet komiserince tutanaklarla tespit edilerek en kısa zamanda mahallin en büyük mülki amirine tevdi edilir.(a) ve (b) bentlerindeki durumlarda güvenlik kuvvetlerine karşı fiili saldırı veya mukavemet veya korudukları yerlere ve kişilere karşı fiili saldırı hali mevcutsa, ihtara gerek olmaksızın zor kullanılır."

<sup>21</sup> Osmanoğlu, s. 122-123.

<sup>22</sup> Güler /Türkiye, Başvuru no: 49391 / 99, 10-01-2006.

<sup>23</sup> Aytaş ve diğerleri/Türkiye, Başvuru no:6758/05, 08-12- 2009.



kaynaklanan yaralama ve ölüm riskinin asgari seviyeye çekilebilmesi için biber gazının doğru kullanımını garanti altına alan kuralların pekiştirilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir.<sup>24</sup>

Kullanılan kuvvetin hukuka uygun olmasının bir diğer koşulu da bunun görevle bağlantılı olarak, bir başka ifadeyle zor kullanma yetkisiyle donatılmış kamu görevlisinin bu görevini yerine getirirken kullanılmış olmasıdır.<sup>25</sup> Bu nedenle, ifade alma ve sorgu işlemlerini yapan kolluk görevlilerinin bu işlemler sırasında kişilere uyguladıkları bedensel ve ruhsal acı çektiren davranışlar zor kullanmada sınışın aşılması olarak değil, işkence suçu kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>26</sup> Herhangi bir kamu görevlisinin kuvvet kullanması ya da zor kullanma yetkisine sahip bir kamu görevlisinin görevi ile ilgili olmayan, görevi dışındaki nedenlerden dolayı şiddet kullanması halinde genel hükümler söz konusu olacak ve failin cezası kamu görevlisi olduğu için artırılmayacaktır. Örneğin okulda oğlunu döven öğretmene tokat atan polis memuru yaralama hükümlerine göre sorumlu olacak ve kamu görevlisi olduğu için cezası artırılmayacaktır zira bu fiili görevle bağlantılı olarak işlememiştir. Ancak aynı polis memuru uzun süre kovaladığı şüpheliyi yakaladıktan sonra kendisini peşinden koştuğu için tekmelediğinde bu suç oluşacaktır. Bu durumda kullanılan şiddet, görevden kaynaklanan yetkinin aşılmasıdır ve görev suçudur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, toplumsal olaylarda kolluğun şiddet kullanma olasılığının bulunduğunu, bunun kişilerin yaralanması, özgürlük ve güvenlik haklarını kısıtlayıcı nitelikte olabileceğini kabul etmektedir. Ancak kullanılan zorun somut olayın koşulları açısından zorunlu/gerekli ve orantılı olması şarttır, aksi halde işkence ve kötü muamele söz konusu olabilecektir. Özellikle ani gelişen ve kolluğun hazırlıksız yakalandığı kimi toplumsal olaylarda kolluk zor kullanmaya başvurmak durumundadır ve Mahkeme bu durumu Sözleşme'ye uygun bulmaktadır. Örneğin Günaydın/Türkiye davasında verdiği kararında AIHM, çağdaş toplumlarda polisin üstlendiği görevin zorluğunu, polisin hazırlıksız yakalandığı ve öngörülemeyen bir müdahale sırasında kişilerin yaralanmasının söz konusu olabileceğini kabul etmekle beraber söz konusu olayda başvuranın katıldığı ve grubu tahrik ettiği yasadışı gösteriye müdahale sırasında hayati organları olan başından ve ensesinden yaralanmasının güvenlik güçlerinin aşırı güç kullandığını gösterdiğini ve Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkence ve kötü muamele yasağının çiğnendiği sonucuna varmıştır.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Abdullah Yaşa ve diğerleri/ Türkiye, Başvuru no: 44827/08, 16 -07-2013.

<sup>25</sup> Bkz. Parlar – Hatipoğlu, s. 3613; Artuk- Gökçen –Yenidünya, s. 1069.

<sup>26</sup> Bkz. İlhan Üzülmöz: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, Hukuk ve Adalet –Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2005, s. 239-240.

<sup>27</sup> Günaydın /Türkiye, Başvuru no: 27526 / 95, 13-10-2005.

2012 ve 2013 yılları içinde kolluk birçok toplumsal olayda zor kullanmış, birçok olayda kolluğun toplumsal olaylara müdahale ve zor kullanma biçimi yoğun eleştiri konusu olmuştur. Avrupa Konseyi Başkanı Thorbjorn Jagland, Türkiye'yi barışçıl gösterilere karşı orantısız güç kullanımı konusunda uyarılmış, gösterilerin barışçıl ve güvenli bir şekilde gerçekleşmesinin yetkililerin sorumluluğunda olduğunu belirterek, AİHM içtihatlarının kapalı alanlarda göz yaşartıcı gaz kullanılmasının orantısız güç kullanımı olarak değerlendirdiğine dikkat çekmiştir.<sup>28</sup> Birçok olay arasında simgeleşen olaylardan biri 18.12.2012'de Orta Doğu Teknik Üniversitesi'nde 100 - 150 kişilik bir öğrenci grubunun başkanı protesto gösterisine yaklaşık 3500 polisin, 20 panzerle müdahalesi sırasında 100'den fazla biber gazı bombası kullanılmasıdır. Olaylar sırasında başına biber gazı fişegi isabet eden bir öğrenci ağır yaralanmış, yerleşkenin tümünü etkileyen biber gazı nedeniyle olayla ilgisi olmayan birçok öğrenci, personel ailelerinin lojmanlarında yaşayan kişiler, çalışma odalarında bulunan öğretim üyeleri, dersliklerdeki öğrenciler ve yerleşkede bulunan ilköğretim okulu ve kreşteki çocuklar yoğun biber gazı nedeniyle zor durumda kalmıştır.<sup>29</sup> 2012 ve 2013 yılları içinde yaşanan kimi olaylar bir yana, 2013 yılı Mayıs- Haziran aylarında Türkiye geneline yayılan ve Gezi Olayları olarak adlandırılan olaylar sırasındaki müdahale biçimleri bu çalışmanın sınırlarını aşacak nitelikte çok sayıda örnekle doludur.<sup>30</sup> AİHM'in kararları açısından bakıldığında bu olaylarda zor kullanmada sınırın birçok kez aşıldığı açıktır. Bu olayların ileride AİHM önüne götürülmesi halinde Türkiye'nin Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkence ve kötü muamele yasağını ihlalden dolayı mahkûm olma olasılığı çok yüksektir.

İç hukukumuzda da zor kullanma yetkisinin aşılmasına ve kolluğun keyfi güç kullanımına dair kararlar bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay, jandarma karakol komutanının mağdurları beton zemine su dökerek ıslatmasını<sup>31</sup>; trafik polislerinin trafik denetiminde durdurdukları kişiyi tartaklamalarını<sup>32</sup>; kolluk görevlisinin mağdurun kulaklarını çekerek

<sup>28</sup> Avrupa Konseyi Başkanı Thorbjorn Jagland'ın, açıklamaları için bkz. (<http://www.euractiv.com.tr/ab-ve-turkiye/article/avrupa-konseyinden-turkiyeye-orantisiz-guc-kullanimi-uyarisi-027953>, Son erişim, 20. 02. 2014.)

<sup>29</sup> "Gaz bombası, kafatasını çatlattı" başlıklı haberin detayları için bkz. (<http://www.ntvmsnbc.com/id/25407420>, son erişim, 20. 12. 2012.) Aynı yıllar içinde eleştiri konusu yapılan diğer başka olaylar için bkz. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi İnsan Hakları Raporu, s. 476 vd.

<sup>30</sup> Gezi Olayları hakkında bkz. Türkiye Ağaca Neden Sarıldı?, (Haz. N. Turhan-Ö.Şener): Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, Eylül 2013.

<sup>31</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1.12.1986 tarih ve Esas 4/223, Karar 545 sayılı kararı için bkz. Gözübüyük, s. 966.

<sup>32</sup> Yargıtay 4. CD, 18. 3,1997 tarih ve 1997/1730 esas, 1997/1999/ sayılı kararı için bkz. Malkoç, s. 2318.

yanaklarına vurmasını<sup>33</sup>, jandarma astsubayın yakaladığı kişinin kaçıma çalışması üzerine elindeki telsizle çenesine vurarak yaralamasını<sup>34</sup> zor kullanmada sınırın aşılması olarak değerlendirmiştir.

Zor kullanmada sınırın aşılması, icrai davranışlarla işlenebileceği gibi sınırlı biçimde de olsa ihmali davranışlarla da işlenebilir. Örneğin failin kaçması imkânı olmayan mağduru tekmelemesi, yüzüne yumruk atması icrai nitelikte davranışlarken, bunları görmesine rağmen emrindeki kolluk görevlisinin davranışına kasten göz yuman ve faili engellemesi gerekirken bunu kasten yapmayan amirin davranışı ihmali niteliktedir. “Zor ve Silah Kullanma” başlıklı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 16/f.5’e göre, “*Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir.*” Yine Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği m. 25’e göre, “*Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri nedeniyle toplumsal olaylara müdahale gerektiğinde ... Dağıtma emri yetkili amir tarafından verilir.*” Buna göre kolluğun topluca müdahale ettiği toplumsal bir olayda gösterinin mahiyeti ve göstericilerin niteliği açısından değerlendirildiğinde çok açık bir orantısız güç ve araç kullanılmasına rağmen bunu önlemeyen ve emrindeki kolluk görevlilerini bundan men etmeyen amirin davranışı ihmali niteliktedir ve yaralanma ya da ölüm sonucundan TCK m. 83 ve 88 hükümlerine göre sorumlu olmalıdır. İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 4/f.1’e göre de “*Her Taraf Devlet, tüm işkence eylemlerinin kendi ceza kanununa göre suç olmasını sağlayacaktır. Aynı şekilde, işkence yapmaya teşebbüs ve işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan şahsın fiili suç sayılacaktır.*” Kaldı ki toplumsal olayların bir kısmı ani biçimde geliştiği için ani ve hızlı bir müdahale gerektirmesine rağmen bir kısım toplumsal olaylara müdahale önceden planlanmakta ve müdahale biçimi, zamanı ve kullanılacak müdahale araçları kolluk amirlerince tespit edilmektedir. Bu nedenle bu tür müdahale durumlarında sadece kolluk görevlilerinin değil, müdahale biçimini belirleyip müdahale emri veren amir pozisyonundaki kişilerin de sorumluluğu söz konusu olabilir.<sup>35</sup> Örneğin okullarının önündeki otoyola üst geçit ya da yaya geçidi yapılması için yolu trafiğe kapatan ilkokul

<sup>33</sup> Yargıtay 4. CD. 4.3.1998 tarih ve 456/1776 sayılı kararı için bkz. Artuk – Gökçen – Yenedünya, s. 1069, dipnot no. 7.

<sup>34</sup> Yargıtay 4. CD. 01.12.2004 tarih ve 2003/12496 esas, 2004/11800 sayılı kararı için bkz. Güzeloğlu, s. 126.

<sup>35</sup> Bkz. Kerem Altıparmak: “İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz?: Türkiye’de Orantısız Güç Kullanma Sorunu”, Toplum ve Bilim Dergisi içinde, Yıl: 2009, Sayı: 115, s. 170 vd.

öğrencilerinden ve tekerlekli sandalye ile dolaşabilen engellilerden oluşan bir gruba<sup>36</sup>, kendini savunma imkânı olmayan kişilere<sup>37</sup> müdahale ederken gruptakilerin kafasına coplarla vurulup yüzlerine göz yaşartıcı gaz sıkılmasına rağmen emrindeki kolluğu önlemeyen amirin davranışı bu niteliktedir. “Kasten Yaralamanın İhmali Davranışla İşlenmesi” başlıklı TCK m. 88’e göre; “*Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur.*” “Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” başlıklı TCK m. 83, f.1’de “*Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.*” denilerek sonucu önleme yükümlülüğü olan kişinin bunu önlememesi halinde ihmali davranışla kasten insan öldürmekten sorumlu olacağı kabul edilmiştir. TCK m. 83, f.2’de ise “*İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin; a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda Kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması, b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmaya gerekir.*” denilerek icrai davranışı ihmali davranışa ne zaman eşdeğer sayılabileceği düzenlenmiştir. Amirin belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü PVSK m. 16/f.5’e göre toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın

---

<sup>36</sup> Örneğin İzmir’de engelliler arasında oynanan basketbol karşılaşmasında meydana gelen olaylarda polisin tekerlekli sandalyede oturan sporculara copla vurarak biber gazı sıkması yoğun biçimde eleştirilmiştir. ([www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?ArsivTipID=5&ArsivAnaID=33523](http://www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?ArsivTipID=5&ArsivAnaID=33523), son erişim 20.09.2012). Türkiye Tekerlekli Sandalye Basketbol Süper Ligi maçında, tribünde meşaleler yakan ve birbirlerinin üzerine maddeler atan taraftarlara biber gazlı müdahalede bulunulması sırasında tekerlekli sandalyede oturan sporcuların ve tribünlerde bulunan çocukların varlığının göz ardı edilmiş olması bu konuda yakın tarihli bir örnektir. Bu nitelikte bir maçta holiganların saldırgan davranışları kadar engellilerin ve çocukların bulunduğu kapalı bir alanda kolluğun biber gazını rastgele kullanması da eleştirilmiştir. “Tekerlekli sandalye basketbol maçında olay” başlıklı haber için bkz. (<http://www.ntvmsnbc.com/id/25404741>, son erişim 12.12.2012.)

<sup>37</sup> “1.5 yaşındaki çocuk ve babaya biber gazı iddiası” başlıklı haberin detayları için bkz. (<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1095029&CategoryID=77>, son erişim 20.09.2012). Buna bir başka örnek de iki grup arasında hastane acil servisinde yaşanan kavgayı sonlandırmak isteyen polisin acil servis koridorunda biber gazı kullanmış olmasıdır. “Acil serviste öğrenci kavgasına biber gazı” başlıklı haberin detayları için bkz. (<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=924875&CategoryID=77>, son erişim, 20. 09. 2012)

derecesi ile kullanılacak araç ve gereçleri tayin ve tespit etmektir. Amirin bundan dolayı sorumlu tutulması halinde ise verilecek ceza indirilebilecektir.

Kanunlarda öngörülen koşullar bulunmadan kamu görevlisinin kişilere karşı kullanacağı fiziksel şiddet (vurma, çekiştirme, yaralama) bu suçu oluşturacaktır.<sup>38</sup> Bu suçun maddi unsuru ile kasten yaralama suçunun maddi unsurları aynıdır.<sup>39</sup> Çok sınırlı da olsa kamu görevlisi zor kullanmanın koşullarının gerçekleştiği hususunda hataya düştüğünde, hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata söz konusu olacaktır. TCK m. 30'da benimsenen sisteme göre, hukuka uygunluk sebeplerindeki hata faildeki kastı kaldırmaktadır, ancak bu hata nedeniyle failin taksirli sorumluluk hali saklıdır.<sup>40</sup> Bu durumda, hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiği hususundaki hata failin olaydaki kastını kaldıracaktır, ancak kullanılan zor-kuvvet, yaralanma ya da ölüme neden olduğunda, bundan dolayı failin taksirli sorumluluğu söz konusu olacaktır.

## 2. Suçun Manevi Unsuru

Kamu görevlilerinin zor kullanma yetkileri kanundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedenidir.<sup>41</sup> Zor kullanma yetkisini aşan kamu görevlisinin cezalandırılma nedeni, kamu görevlisinin kanundan kaynaklanan bir yetkiyi aşmış olmasıdır. Esasen burada da görevden kaynaklanan yetkinin bir diğer ifadeyle hukuka uygunluk nedeninde orantının aşılması söz konusudur.<sup>42</sup> TCK m. 256'nın gerekçesinde de bu husus ifade edilmiştir.<sup>43</sup> Kanunun

---

<sup>38</sup> Bkz. Parlar – Hatipoğlu, s. 3614; Bkz. Aysun Koç – Hülya Üçpınar –Nazan Sakallı – Nergiz Tuba Atas: İşkenceye Açık Kapılar, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yay., İzmir, 2009, s. 68 vd.

<sup>39</sup> Bkz. Avcı, s. 85 - 86.

<sup>40</sup> Mahmut Koca, "Türk Ceza Hukukunda Hata", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi içinde, (Ed. Bahri Öztürk), Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 95 - 96.

<sup>41</sup> Bkz. Eryılmaz –Bozlak, s. 244 - 245.

<sup>42</sup> Bkz. Koç ve diğerleri, s. 68.

<sup>43</sup> Maddenin gerekçesi şu şekildedir: "*Bazı kamu görevlileri, görevlerinin gereği olarak zor kullanma yetkisiyle donatılmışlardır. Örneğin emniyet görevlileri, suç şüphesi altında bulunan kişiyi yakalamak yetkisiyle donatılmıştır. Yakalanan kişi, gerekli soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için, emniyet görevlisinin görevinin gereği olarak ve mevzuattan kaynaklanan talimatlarına uygun davranmak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğe aykırı davranan kişinin örneğin hâkim veya savcı huzuruna çıkarılmamak için direnmesi hâlinde, emniyet görevlileri zor kullanarak bu kişiyi hâkim veya savcı huzuruna çıkarabilirler. Keza, bir meydana hukuka uygun olmayan, örneğin gece yarısı gösteri yürüyüşü yapmak isteyen kişilerin, dağılmaları hususunda çağrıda bulunan emniyet görevlilerinin bu çağrısına rağmen, dağılmasını sağlamak amacıyla kuvvet kullanılabilir. Kullanılan zorun, birinci örnekte suç şüphesi altında bulunan kişinin hâkim veya savcı huzuruna çıkmamak konusundaki direncini kırmaya yetecek ölçüde, ikinci örnekte ise hukuka aykırı gösteri yürüyüşü*

gerekçesinde, zor kullanmada sınırın aşılması suçunun varlığı için bu sınırın kasten aşılması gerektiği, sınırın taksirle aşılması halinde ise hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Koşulları gerçekleştiğinde kamu görevlilerinin zor kullanması bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için fail hukuka uygunluk nedeninde sınırı kusursuz olarak, kasten ya da taksirle aşabilir.

“Sınırın Aşılması” başlıklı TCK m. 27/f.1’e göre, “*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için Kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur.*” Bu durumda zor kullanırken sınırı kasten aşan kamu görevlisi işlediği yaralama ya da öldürme fiilinden dolayı kasıtlı olarak sorumlu olacaktır. Burada faildeki kasıt doğrudan kasıt olabileceği gibi dolaylı (olası) kasıt da olabilir. Fail sınırı aştığını biliyor ve sonucu da istemişse doğrudan kasıt, fail sınırı aştığını biliyor ve zararlı tehlikeli sonucun gerçekleşme olasılığını öngörmesine karşın bu sonucun gerçekleşme olasılığını göz önüne alıyorsa olası kasıt söz konusu olacaktır. TCK m. 21/f.2’ye göre olası kastın varlığı halinde failin cezası indirilecektir. Örneğin Mehmet Gül/Türkiye davasında, özel tim görevlileri gece yarısı arama yapmak amacıyla geldikleri başvurucunun evinin kapısına birkaç kez vurmuşlar ve kapı arkasından gelen gürültüler üzerine kapıya doğru 50-55 kez ateş ederek Mehmet Gül’ün ölümüne neden olmuşlardır. Bu davada AİHM gözaltına alma işlemi yapmak isteyen görevlilerin orantısız güç kullanarak ölümüne neden oldukları sonucuna varmıştır.<sup>44</sup> AİHM, İlhan/Türkiye davasında da başvurucunun jandarma tarafından gözaltına alınırken başına dipçikle vurulması ve bunun sonucunda beyinde meydana gelen zararın uzun süreli hafıza zayıflığına neden olmasına rağmen 36 saat boyunca hastaneye götürülmemesini işkence kapsamında değerlendirmiştir.<sup>45</sup> Bu yöndeki bir diğer karar da Güzel Şahin ve diğerleri/Türkiye davasında verilmiş olup Mahkeme, başvurucuların izinsiz toplanan grubun içerisinde yer aldıkları farz edilse bile, güvenlik güçlerinin kullandıkları zorun başvurucuların 10 günden daha fazla iş göremeyecek biçimde yaralanmaları sonucunu doğuracak yoğunlukta olmasının işkence ve kötü muameleye neden olacağı kanaatine ulaşmıştır.<sup>46</sup>

---

*yapan kişilerin dağılmasını sağlamaya yetecek ölçüde olması gerekir. Bu ölçünün dışında kuvvet kullanılması durumunda, bunun ceza sorumluluğunu gerektireceği muhakkaktır.”*

<sup>44</sup> Gül /Türkiye, Başvuru no: 22676/93, 14-12-2000.

<sup>45</sup> İlhan/Türkiye, Başvuru no: 22277/93, 27-06-2000.

<sup>46</sup> Güzel Şahin ve diğerleri /Türkiye, Başvuru no: 68263/01, 21-12-2006.

Fail zor kullanırken sınırı taksirle de aşabilir. Sınırın aşılması başlıklı TCK m.27/f.1'e göre, "Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için Kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur." Bu nedenle zor kullanma fiili sırasında zor kullanma sınırını taksirle aşarak somut olayda gerekenden daha fazla şiddet kullanan kamu görevlisinin davranışı mağdurun yaralanmasına ya da ölmesine neden olmuşsa (bu suçların taksirli haline kanunda yer verilmiş olduğu için) fail taksirle yaralama ya da taksirle öldürme hükümlerine göre cezalandırılacak ancak cezasında zorunlu olarak bir miktar indirim yapılacaktır. Örneğin göstericiyi kolundan çekerek polis otomobiline binmeye zorlayan fail istemediği halde mağdurun kolunun çıkmasına neden olmuşsa taksirle yaralama hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Ancak zor kullanma fiilleri sırasında sınırın taksirle aşılması olasılığı oldukça zayıftır. Zor kullanmada sınırın aşılması suçu da esasen sınırın kasten aşılmasını yasaklamaktadır.

Kamu görevlisi mağduru yaralamak kastıyla zor kullanma sınırı aşmış ancak buna bağlı olarak yaralamanın daha ağır halleri (TCK m. 87/f.1, 2, 3) ya da ölüm (TCK m. 87/f.4) gerçekleşmişse, fail neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama hükümlerine göre (TCK m. 23) sorumlu olacaktır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınır kusur olmadan da aşılabılır. Bu durumda fail kusurlu olmadığı için cezai sorumluluğu da olmayacaktır.

Fail hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiği konusunda hata ederek hareket etmiş ve şiddet kullanmışsa bu durumda hata hükümlerine göre sorumlu olacaktır. TCK m. 30/f.3'e göre, "*Ceza sorumluluğunu kaldıran ... nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*" Ancak bu suç açısından bu durumların gerçekleşme olasılığı çok zayıftır.

Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi henüz zor kullanmanın koşulları gerçekleşmeden taksirli davranışlarıyla kişilerin yaralanmasına ya da ölmesine neden olmuşsa bu durumda olayda zor kullanmada sınırın aşılması hükümleri yoktur ve failin taksirli sorumluluğu söz konusu olacaktır. Örneğin bir basın açıklaması sırasında önlem olarak elinde biber gazı tutan polis memuru gruptan herhangi bir saldırı gelmediği gibi amiri de henüz herhangi bir emir vermeden dikkatsizliği sonucu biber gazı tabancasının tetiğine dokunmuş ve çok yakın mesafeden ateşlenen tabancadan çıkan biber gazı gruptan birinin gözüne isabet ederek kör olmasına neden olmuşsa, fail taksirle yaralama hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

### III. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ VE NİTELİKLİ HALLERİ

#### 1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

“Suça Teşebbüs” başlıklı TCK m. 35/f.1’e göre, “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*” Bu suç teşebbüs açısından herhangi bir özellik göstermez. Zor kullanma suçu neticeli bir suç olduğu için failin davranışlarının icra hareketleri aşamasında kalması ya da icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi biçiminde söz konusu olabilir. Örneğin yakalanarak kelepçelenmiş olan bir kişiyi yaralamak için elindeki copla vurmaya çalışan polis, diğer polisler tarafından engellendiğinde ya da yakalanmış olan bu kişinin kolunu kırmak için elindeki kalkanla vuran polis memurunun bu davranışına rağmen mağdurun kolu kırılmadığında, fail kasten yaralamaya teşebbüs hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Teşebbüs halinde fail, TCK m. 35/f.2’ye göre “*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre*” cezalandırılacaktır.

“Gönüllü Vazgeçme” başlıklı TCK. 36’ya göre, “*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.*” Bu suç açısından gönüllü vazgeçme de söz konusu olabilir. Eğer olayda tek bir fail varsa gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için failin icra hareketlerine kendi iradesiyle son vermesi ya da icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen kendi çabalarıyla sonucun gerçekleşmesini önlemiş olması gerekmektedir. İştirak halinde işlenen suçlar açısından ise iştirakçinin suçu önlemeye yönelik gayretleri yeterli görülmüştür. “İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme” başlıklı TCK m. 41/f.2’ye göre, “*suçun; gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması ya da gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.*” Yine TCK m. 41/f.1’e göre, “*iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.*”

#### 2. İştirak

Zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunun asıl faili zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisidir. “Faillik”, başlıklı TCK m. 37/f.1’e göre, “*Suçun Kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.*” Ancak “Bağlılık Kuralı” başlıklı TCK m.



40/f.2’de “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.” denilerek özgü suçlara iştirak eden ve özel faillik sıfatı taşımayan kişilerin sorumluluğunda farklılığa gidilmiştir. Kanundaki düzenleme nedeniyle, zor kullanma yetkisine sahip olmayan kişilerin bu suça iştirak etmeleri mümkün olmakla beraber, sorumlulukları azmettiren ya da yardım eden biçiminde olacaktır. Zor kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlisinin bu fiiline iştirak eden diğer kişiler herhangi bir kişi olabileceği gibi, zor kullanma yetkisine sahip olmayan (herhangi bir) kamu görevlisi de olabilir. Soyut olarak bakıldığında, m. 256’daki suçun faili kamu görevlisi olduğu için (TCK’nın özgü suçlara iştirakte sadece özel faillik sıfatı taşıyan kişiyi suçun asıl faili olarak kabul etmesinden dolayı) fiil üzerinde birlikte egemenlik kuran iki kişiden biri zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi, diğeri ise herhangi bir kişi olduğunda esasen TCK m. 37’de öngörüldüğü biçimde suçun kanuni tanımında yer alan fiil birlikte gerçekleştirilmiş olmasına rağmen bu kişilerin her biri, fail olarak sorumlu olamayacaktır. Bu durumda, bir gösteriye müdahale eden kolluk görevlileri gruptan bazı kişileri yakalayıp polis otosuna doğru götürdüğünde, etrafta bulunan bir kişiyle polis memuru bu göstericiyi yere yatırıp birlikte dövüklerinde fiil üzerinde birlikte egemenlik kurmuş olmalarına rağmen, TCK m. 40/f.2 gereğince kolluk görevlisi asıl fail, diğer kişi de azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.

TCK m. 256’daki suç gerçekleştiğinde kasten yaralamaya ilişkin hükümler uygulanacağından, kamu görevlisi olan fail (TCK m. 256’daki suçun asıl faili) ve kamu görevlisi olmayan diğer kişiler (TCK m. 256’daki suça azmettiren ya da yardım eden biçiminde iştirak etmiş olanlar) kasten yaralama suçuna dair hükümlere göre sorumlu olacaktır. Bu durumda yukarıda verilen örnekteki faillerden her biri kasten yaralama suçunun müşterek faili olarak sorumlu olacaktır. Görüldüğü gibi TCK m. 40/f.2’deki “özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir” kuralı TCK m. 256 açısından işlevsizdir. Örnekteki faillerden her biri kasten yaralamadan sorumlu olacak ancak bu kez kamu görevlisi olanın cezası TCK m. 86/f.3’e göre artırılabilecektir. Oysa özgü suçun varlığı için faillerden en azından birinin özel faillik sıfatına sahip olmasının yeterli görülerek kanunun bu yönde düzenlenmesi halinde benzeri sorunlar daha kolay çözülecektir. Nitekim işkence suçunun düzenlendiği TCK m. 94/f.4’te “Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.” denilerek doğru çözüm benimsenmiştir. Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi ile herhangi bir kişi zor kullanmada sınırın aşılması suçu üzerinde birlikte egemenlik kurarak mağduru TCK m. 86/f.1’deki biçimde yaraladığında kamu görevlisi olmayan müşterek fail suçun basit halinden

(bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası); kamu görevlisi ise TCK m. 86/f.3, d bendine göre cezası yarı oranında artırılarak cezalandırılacaktır. Öte yandan suçun takibi açısından da kimi sorunlar söz konusudur. Fiilin TCK m. 86/f.2 (fiilin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması) düzeyinde gerçekleşmesi halinde fiilin soruşturma ve kovuşturması mağdurun şikâyetine bağlıdır; oysa kamu görevlisi olan fail açısından ceza yarı oranında artırılacağı gibi, fiilin soruşturulması ve kovuşturulması için şikâyet de aranmaz.

Bu suça icrai davranışlarla iştirak etmek mümkün olduğu gibi, sınırlı biçimde de olsa ihmali davranışlarla iştirak da söz konusu olabilecektir. Yukarıda ele alındığı gibi ihmali davranışlarla fiilin işlenişine kasten göz yuman amirin, suçun işlenişine iştirak ettiği kabul edilmelidir. PVSK m. 16/f.5'e göre toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçleri tayin ve tespit etmekte kasten ihmalde bulunarak yaralanma veya ölüme neden olan amir, müşterek fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Ancak bunun dışındaki hallerde suça iştirak eden amir somut olaya göre azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

### 3. İçtima

Zor kullanmada sınırın aşılması fiilleri, mağdurun maddi ve manevi dokunulmazlığını, vücut bütünlüğünü, yaşam hakkını ihlal edilebilir. Suçun maddi unsurunu oluşturan davranışlar “görevin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması” olduğu için kuvvet kullanılması dışında kalan fiiller, örneğin hakaret, mala zarar verme, hürriyeti sınırlama fiillerini kapsamaz; ancak zor kullanmada sınırın aşılması sırasında mağdurun malına zarar verilme, hürriyetinin sınırlanma, hakaret ya da tehdit edilmesi de söz konusu olabilir. Zor kullanmada sınırın aşılması suçu bileşik bir suç olmadığı için mala zarar verme, hürriyeti sınırlama, hakaret, tehdit fiilleri bu suçun unsuru değildir. Bu nedenle zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin görevini yerine getirirken kişilere karşı kullandığı onur, şeref ve saygınlığı zedeleyici sözleri, tükürmesi, hakaret suçuna; korkutma ve tehdit fiilleri tehdit suçuna; mağdurun malvarlığına zarar vermesi mala zarar verme suçuna; şiddet uyguladığı mağduru alıkoyması ise hürriyeti sınırlama suçuna vücut verecektir.

Zor kullanmada sınırı aşmanın yanı sıra mağdura hakaret edilmesi, konut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, mala zarar verilmesi suçlarının da işlenmesi halinde gerçek içtima hükümleri uygulanarak faile her bir suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verilmelidir.<sup>47</sup> Örneğin mağduru kelepçeleyerek etkisiz

---

<sup>47</sup> Avcı, s. 100.

hale getiren failin, mağdurun başına tekme vurduktan sonra mağdurun gözlüğünü yere atıp kırması, hakaret etmesi, mağdurun saçlarını veya kulaklarını çekmesi, tehdit ederek yerde sürünmeye zorlaması fiilleri hem TCK m. 86'daki kasten yaralama suçuna hem de TCK m. 125'teki hakaret suçuna vücut verecektir.

Zor kullanmada sınırın aşılması halinde fail kasten yaralama hükümlerine göre sorumlu olacağına göre, failin yaraladığı her bir failden dolayı ayrı ceza tayini yoluna gidilecektir.<sup>48</sup> Örneğin, yakalanarak kelepçelendikten sonra polis otomobilinde bekletilmekte olan 3 ayrı göstericiyi darp eden fail hakkında bu suçtan dolayı üç ayrı ceza verilecektir.

Kanunda sınırın aşılması sonucu sadece yaralamaya ilişkin sonuçlar meydana çıkabileceği öngörülerek ölümün gerçekleşmesi halinde ne olacağı açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, zor kullanma sınırını kasten aşarak birden fazla ölüme neden olan fail ya da failer hakkında da her bir mağdurdan dolayı ayrı ceza verilecektir.

#### **4. Suçun Nitelikli Halleri**

TCK m. 256'ya göre, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu durumda suça etki eden nitelikli haller açısından da kasten yaralama suçu dikkate alınmalıdır. TCK m. 86/f.3'e göre bu suçun üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı; beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı; kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ve silahla işlenmesi halinde ceza artırılabilecektir. Failin kamu görevlisi olması suçun kurucu unsurudur, ancak diğer ağırlatıcı nedenlerin gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin polis memuru karısının, eşinin, engelli bir kişinin katıldığı gösteri yürüyüşü sırasında güç kullanma sınırını kasten aşmış bu kişileri döverek yaraladığında ağırlatıcı neden uygulanmalıdır. Sınırlı biçimde de olsa bu suçun mağduru kamu görevlisi de olabilir. Bir gösterici topluluğun yürüyüş yapabilmemesi için trafiği durduran trafik polisine öfkelenerek tekme atan zor kullanma yetkisine sahip kolluk görevlisinin fiili buna örnek olabilir. Ancak bu durumlarda failin kamu görevlisi olması ve diğer ağırlatıcı nedenler aynı hükümde yer aldığı için bu durumun pratik bir sonucu yoktur.

TCK m. 87'de düzenlenmiş olan sonucu nedeniyle ağırlaşmış yaralama hallerinin gerçekleşmesi halinde ise failin cezası gerçekleşen sonuca göre belirlenecektir, ancak failin bu farklı sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için

---

<sup>48</sup> Bkz. Parlar – Hatipoğlu, s. 3616; Avcı, s. 100.

TCK m. 23'e göre sonuç açısından en azından taksirle hareket etmiş olması da gerekecektir.

Bu suç açısından söz konusu olabilecek indirim nedeni ise haksız tahriktir. TCK m. 29'a göre haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye verilecek ceza indirilir. Örneğin bir gösteriye müdahale sırasında kendisine hakaret ederek yumruk atan ya da yüzüne tüküren bir göstericiyi kelepçeleterek polis otomobiline götüren polis memurunun göstericiyi az önceki davranışlarından dolayı döverek yaraladığında haksız tahrik indirimi söz konusu olabilir. Yargıtay da verdiği bir kararında zor kullanmada sınırın kasten aşılması halinde sanıkların haksız tahrikten yararlanıp yararlanamayacağını tartışılması gerektiği yönünde karar vermiştir.<sup>49</sup>

#### IV. SUÇUN KOVUŞTURMASI VE YAPTIRIMI

Yukarıda ele alındığı gibi, bu suçun asıl faili ancak zor kullanma yetkisi olan kamu görevlisi olabilir. Zor kullanma yetkisi olmayan diğer kişiler (herhangi bir kamu görevlisi ya da kamu görevlisi olmayan herhangi bir kişi) bu suça azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla iştirak edebilirler, çünkü yukarıda ele alındığı gibi bu suça iştirakin her türlü biçimi mümkündür. Zor kullanmada sınırın aşılması halinde kasten yaralamaya ilişkin hükümler (TCK m. 86- 87) uygulanacaktır. Bu durumda asıl fail olan zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri ve bunların fiiline iştirak etmiş olan diğer kamu görevlileri hakkında TCK m. 86/f.3 hükmü uygulanacak, şikâyet aranmaksızın verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Oysa kamu görevlisi olmayan diğer iştirakçiler hakkında ancak şikâyet üzerine ceza verilebilecektir.

Anayasa'da, "Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence" başlıklı m.129/f.6'da "Memurlar ve diğer kamu görevlileri

---

<sup>49</sup> "Zabıta memuru olan sanıkların, arabasıyla seyyar satıcılık yapan adı geçeni uyararak arabasının muhafaza altına alınacağını söylemesi üzerine, bunu kabul etmeyen adı geçenin arabasından aldığı kurusıkı tabancayla sanıklara doğru ateş ettiği birini göğsünden yaraladığı, sanıkların da vurmak suretiyle adı geçeni basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte yaraladıklarının kabul edilmesi adı geçenin görevi yaptırmamak için direnme suçundan da hükümlülük kararı verilmesi karşısında, zor kullanma yetkisine sahip belediye zabıta görevlileri olan sanıkların, direnmenin mahiyetine ve derecesi dikkate alınarak görevlerinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanıp kullanmadıkları, eylemlerinin meşru savunma veya meşru savunmada sınırın aşılması olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, zor kullanma yetkisinde sınırın kasten aşıldığının kabulü halinde ise haksız tahrikin varlığı tartışılmadan kasten yaralama suçundan hükümlülük kararları verilmesi hukuka aykırıdır." Yargıtay 4 CD, 24.9.2012 tarih ve 2011/8366 E., 2012/18114 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim, son erişim: 12.02. 2014.

*hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciiñ iznine bağlıdır.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümle, kamu görevlileri yönünden kovuşturma yapılması izin şartına bağlanmıştır. Bu hükmün yanı sıra, 2.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri ve izlenecek usulü düzenlemektedir. 4483 sayılı Kanun’un 2. maddesi aşağıdaki gibidir:*

*“Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.*

*Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.*

*Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.”*

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 2. maddesine 2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanun’un 33. maddesi ile “765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.” hükmü eklenmiştir. Bu hükümden sonra mülga TCK m. 245’te yer alan zor kullanmada sınırın aşılması suçu açısından izin sistemi kaldırılmıştır. 4.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 3. maddesinde “Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm karşısında 4483 sayılı kanunda geçen “765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddelerinde düzenlenmiş olan suçlar”, 5237 sayılı TCK’da m. 94’te düzenlenmiş olan işkence ve m. 256’da düzenlenmiş olan zor kullanmada sınırın aşılması suçuna karşılık gelmektedir.<sup>50</sup>

Ancak bu açık hükme rağmen kamu görevlilerinin işledikleri zor kullanmada sınırın aşılması suçları, görevle ilgili olarak değerlendirilmekte

<sup>50</sup> Bkz. Koç ve diğerleri, s. 88.

ve birçok durumda yetkili makamlar soruşturma izni vermemektedirler.<sup>51</sup> Nitekim kamuoyu tarafından yakından takip edilen kimi güncel davalarda yetkili makamlarca izin verilmemesi hukuksal tartışmalara neden olmuştur.<sup>52</sup>

Öte yandan 765 sayılı mülga TCK m. 245'teki düzenlemenin aksine 5237 sayılı TCK'daki düzenlemede bir yasak olmadığı için, zor kullanmada sınırın aşılması suçundan dolayı yapılan yargılama sonucunda CMK m. 231/f.5'teki koşullar varsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması<sup>53</sup>; mahkûm olunan ceza 2 yıl veya daha az hapis cezası ve TCK m. 51'de sayılan diğer koşullar da varsa cezanın ertelenmesi<sup>54</sup>; mahkûm olunan ceza 1 yıl veya daha az süreli hapis cezası ve TCK m. 50'de sayılan koşullar da varsa<sup>55</sup> bu cezanın adli para cezasına ya da diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkün olacaktır.

<sup>51</sup> Bkz. Altıparmak, s. 140; Koç ve diğerleri, s. 88; Mehmet Atılğan-Serap Işık: "Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye'de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri", s.18, "http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/cezasizlik.pdf, son erişim: 12.2.2014)

<sup>52</sup> "Mahkeme, Ethem Sarısülük'ü öldürmekle suçlanan A.Ş. için yargılama izni alınmadığı gerekçesiyle yargılamayı durdurdu. Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesi, Ethem Sarısülük'ün ölümüne ilişkin sanık polis memuru A.Ş. hakkındaki davanın, "yargılama izni alınmadan açıldığı" gerekçesiyle "yargılamanın durmasına" ve "gereğinin yerine getirilmesi için dosyanın Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine" karar verdi." Haberin detayları için bkz. (http://www.genclaro.org/haber/mahkeme-sarisuluk-davasinda-yargilama-izni-alinmadigi-gerekcesiyle-yargilamayi-durdurdu.html, son erişim: 12.02.2014)

<sup>53</sup> CMK m.231/f.5 ve 6'ya göre; "Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, "iki yıl" veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,  
b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,  
c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,  
gerekir. "Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez."

<sup>54</sup> TCK m. 51/f.1'e göre; "İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. ... Erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;

a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,  
b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, gerekir."

<sup>55</sup> TCK m 50/f.1'e göre, "Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;  
a) Adli para cezasına,

Yaralama fiilinin TCK m. 86/f.2’de öngörülen biçimde “basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması” halinde seçenekli yaptırım söz konusu olup fail hakkında dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunabilecektir. Nitekim Yargıtay, zor kullanmada sınırı aşan fail hakkında TCK m. 256 yollamasıyla TCK m. 86/f.2’den dolayı hüküm kurulmuş olmasına rağmen maddede seçenekli yaptırım öngörülmuş olmasının göz ardı edilmesini bozma nedeni saymıştır.<sup>56</sup> Devletlerin işkence ve kötü muamele fiillerini etkin soruşturma ve failer hakkında verilen cezanın infazını sağlama yükümlüğü bulunmaktadır.<sup>57</sup> İşkence ve kötü muamele fiillerinde cezasızlık olgusunu ortadan kaldırabilmek için, bu suçtan dolayı mahkûm olunan cezanın paraya çevrilmesini ya da ertelenmesini önlemek amacıyla 765 sayılı mülga TCK m. 245’e, 02/01/2003 tarih ve 4778 sayılı kanunla eklenen “*bu maddede yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez.*” biçiminde bir hükmün TCK m. 256’ya eklenmesi doğru olacaktır.

## V. ZOR KULLANMAYA İLİŞKİN SINIRIN AŞILMASI SUÇUNUN İŞKENCE SUÇU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 1. İşkence Suçu Hakkında Genel Bilgiler

TCK m. 94’te işkence suçu “*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya*

---

b) *Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,*

c) *En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,*

d) *Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,*

e) *Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,*

f) *Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir.”*

<sup>56</sup> “...Saniğin eyleminin 5237 sayılı Yasa’nın 256. maddesi yollamasıyla aynı Yasa’nın 86/2. maddesinde tanımlanan suça karşılık geldiği ve hükümde seçenekli ceza öngörüldüğü gözetilmeden, bu hususun tartışmasız bırakılması.. bozma nedenidir.” Yargıtay 4. CD. E. 2007/2923, K. 2007/4088, T. 1.5.2007 tarihli kararı için bkz. Kazancı Bilişim (www.kazanci.com, son erişim 21.09. 2012)

<sup>57</sup> Bkz. Osman Doğru: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasası, Legal Yay., İstanbul, 2006, s. 165 vd.

*irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştirmek*” biçiminde tanımlanmıştır.<sup>58</sup> Tanımın taraf olduğumuz uluslararası sözleşme hükümleri ile uyumlu olup olmaması bir yana, sözleşmeden farklı olarak TCK’da bu suçun failinin ancak kamu görevlisi olabileceği kabul edilmiştir.<sup>59</sup> Zor kullanmaya ilişkin sınırın aşılması suçunun hukuki konusu, faili, ve fiili ile işkence suçu arasında büyük bir benzerlik bulunmaktadır. Bu durumda işkence, kasten yaralama ve zor kullanmada sınırın aşılması fiillerinin birbirinden olan farkı önem kazanmaktadır.

İşkence suçunun maddi konusu, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışların gerçekleştirilmesidir (TCK m. 94/f.1). Bu nitelikteki davranışlar mağduru dövmek, yaralamak, hakaret etmek, aşağılamak, aç-susuz bırakmak, tuvalete gitmesini engellemek, sürekli olarak ayakta tutmak, sürüklemek, gürültüye, dayanılması güç bir kokuya, ışığa ya da karanlığa maruz bırakmak, korktuğu hayvanlarla aynı odada tutmak biçiminde olabilir.<sup>60</sup> Yargıtay da verdiği yeni bir kararında işkence suçunun varlığı için mutlaka kasten yaralama oluşturan davranışların zorunlu olmadığını, süreklilik gösteren ve sık sık tekrarlanan kötü muamelelerin de işkence suçunu oluşturabileceği yönünde karar vermiştir.<sup>61</sup> İşkence suçu, birden fazla hukuki konuyu kapsamaktadır.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> İşkence suçu hakkında bkz. İlhan Üzülmöz: Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Turhan Yay., Ankara 2003; Murat Önok: Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yay., Ankara 2006.

<sup>59</sup> Bkz. Üzülmöz, s. 80; Durmuş Tezcan – M. Ruhan Erdem – R. Murat Önok: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., Ankara, 2007, s. 224 vd.

<sup>60</sup> İşkencenin unsurları ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun işkence hakkındaki ölçütleri için bkz. Nigel S. Rodley: “Integrity of the Person”, ‘International Human Rights Law’ içinde, (Edit: D. Moeckli – S. Shah – S. Sivakumaran), Oxford, 2010, s. 213, vd; Doğru, s. 17 vd.

<sup>61</sup> “Kasten yaralama fiili birkaç dakika, işaret veya sözle tehdit bir dakika veya daha az, cinsel taciz bir veya birkaç dakika ( çimdikleme, okşama gibi ) sürmektedir. Bu fiillerin devamlılığı halinde, örneğin gidip gelip bir kişiye tokat atılması, tekme vurmada, on dakikada bir küfredip vurmada, tek ayak üstünde tutmada yüzünü duvara döndürüp elleri havada yahut tek ayak üstünde duvara yapışık vaziyette bekletmede, uyutmamak için geceleri sık sık soru sormada, kızıp bağırma, vurmada, sorguya almada, yüksek sesle sürekli müzik dinletmede, soğukta soyup betona yatırmada, elektrik vermede, sıcakta su içmeyi önlemede, giyinik veya soyunukken su sıkıp seyretmede, tuvalet ihtiyacını gidermeye engel olmada ve benzeri olaylarda, bir anlık fena muamele olmayıp fiiller belli bir süreç içinde sistematik biçimde işlendiğinden işkence suçu tartışılmalıdır “ Yargıtay 8. CD, 13.12.2012 tarih ve 2012/29994 E., 2012/38227 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim, son erişim. 15. 02. 2014.

<sup>62</sup> İşkence suçunun niteliği ve tanımı ile ilgili olarak bkz. Manfred Nowak – Elizabeth McArthur: The United Nations Convention Against Torture, Oxford University Press, 2008, s. 27 vd.



Bunların başında gelen kişinin maddi ve manevi dokunulmazlığı, yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve onurudur. Ancak işkence suçu adil yargılanmanın ve kamu yönetiminde disiplinin sağlanmasını da amaçlar.<sup>63</sup> İşkence suçunun TCK'daki tanımına göre ancak kamu görevlileri bu suçun faili olabilir. Kamu görevlisi olmayanların bu suça iştiraki de mümkün olabilir. Ancak failin mutlaka ifade ve sorgu yapmakla görevlendirilmiş olması gerekmez, herhangi bir kamu görevlisi suçun faili olabilir.<sup>64</sup> İşkencenin varlığı için mutlaka mağdurun tutulma mekânında olması da gerekmez; tutulma mekânları dışındaki yerlerde de işkence suçu işlenebilir.<sup>65</sup> İşkence suçunun mağduru herhangi bir kimse olabilir; ancak suçun çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye, gebe kadına karşı, avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi halinde ceza artırılır (TCK m. 94/f.2).

## **2. İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Hükümleri Açısından Zor Kullanmada Sınırım Aşılması Fiilleri**

İşkenceyi tanımlayan, işkence ve benzeri kötü muamele fiillerinin cezalandırılmasını amaçlayan bölgesel ve uluslararası sözleşmeler arasında tam bir tanım birliği yoktur.<sup>66</sup> Tanım farklılığı işkence ile diğer zalimane davranışlar arasında bir amaç ve yoğunluk farklı olup olmadığı ve failerin mutlaka kamu görevlisi olup olmaması gerektiği sorularından kaynaklanmaktadır.<sup>67</sup> Bu yöndeki tartışmalar Türk hukukunda da devam etmektedir. İşkence suçunun ani davranışlarla değil, sistematik olarak belirli bir süreç içinde işlenebileceğini kabul eden görüşler, TCK m. 94'te bu durumun açık bir biçimde ifade edilmemesinin bir eksiklik olduğunu savunmaktadırlar.<sup>68</sup> Bu görüştekilere göre, TCK m. 94'teki işkencenin

<sup>63</sup> Bkz. Handan Yokuş Sevik: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde, Yıl:2009, Sayı:1, s. 89- 90. "*İşkence suçu birden çok hukuksal yararı koruyan bir suçtur. Korunan hukuki değer, karma bir nitelik taşımaktadır. Bu suçla; insan onuru, vücut dokunulmazlığı, adliye ve kamu yönetiminde disiplin sağlama amacı korunmaktadır*". Yargıtay 8. CD, 13.12.2012 tarih ve 2012/29994 E., 2012/38227 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim, son erişim. 15. 02. 2014.

<sup>64</sup> Bkz. Sevik, s. 90.

<sup>65</sup> Sevik, s. 93.

<sup>66</sup> İşkence ve benzeri kötü muamele fiillerinin cezalandırılmasını amaçlayan bölgesel ve uluslararası sözleşmeler için bkz. Nihal Jayawickrama: The Judicial Application of Human Rights Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s. 296 vd; M. Semih Gemalmaz: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 714 vd; Winston P. Nagan - Lucie Atkins: "The International Law of Torture: From Universal Proscription to Effective Application and Enforcement", Harvard Human Rights Journal içinde, Yıl: 2001, Sayı: 14, s.95, vd.

<sup>67</sup> Bkz. Rodley, s. 214 – 215; Jayawickrama, s. 298 vd.

<sup>68</sup> Bkz. Artuk- Gökçen –Yenidünya, s. 240; Artuk, s. 22-23.

tanımında yer alan “*insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştirmek*” ancak sistematik olarak ve belirli bir süreç içinde işlenebilir.<sup>69</sup>

Bu konudaki tartışmalar ve işkencenin ne olduğu, taraf olduğumuz uluslararası sözleşme hükümleri kapsamında ele alınmalıdır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1984 tarihinde 39/46 sayılı kararıyla kabul edilip imzaya açılmış olan İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>70</sup> Sözleşme hazırlanırken İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin 5.<sup>71</sup>, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 7.<sup>72</sup> maddelerinin yanı sıra BM Genel Kurulu tarafından 9 Aralık 1975 tarihinde kabul edilen, İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Tabi Tutulan Kimselerin Korunmaları Hakkında Beyanname<sup>73</sup> de dikkate alınmıştır.<sup>74</sup> Türkiye Sözleşme’yi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamış ve 21 Nisan 1988 tarihinde bir beyan ve bir ihtirazi kayıtla onaylamıştır.<sup>75</sup> Sözleşmenin işkenceyi tanımlayan maddesi şu şekilde Türkçe’ye tercüme edilmiştir:

*“1. Sözleşme amaçlarına göre, işkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez.*

<sup>69</sup> Artuk- Gökçen –Yenidünya, s. 240-241.

<sup>70</sup> Sözleşmeye ‘<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/catcidtp/catcidtp.html>’ adresinden ulaşılabilir.

<sup>71</sup> “Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez.”

<sup>72</sup> “Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.”

<sup>73</sup> BM Genel Kurulu tarafından 9 Aralık 1975 tarihinde kabul edilen, “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Tabi Tutulan Kimselerin Korunmaları Hakkında Beyanname” için bkz. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/001/65/IMG/NR000165.pdf?OpenElement> ” ( Son erişim: 21.09.2012)

<sup>74</sup> Bkz. Doğru s. 18.

<sup>75</sup> 3441 sayılı onay kanunu 29 Nisan 1988 gün ve 19799 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

2. *Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata helal getirmez.*”

Sözleşme hükümleri açısından değerlendirildiğinde, işkence suçunun failinin sadece kamu görevlisi olabileceği ya da işkence suçunun zorunlu olarak kesintisiz biçimde ve mutlaka sistematik olarak belirli bir süreç içinde işlenebileceği yolundaki görüşlerin isabetli olmadığı anlaşılmaktadır.<sup>76</sup> İşkence çoğu zaman sistematik davranışlarla işlenmektedir ancak ani davranışlarla da işlenebilir.<sup>77</sup> İşkencenin varlığı için mutlaka mağdura yönelik fiili/fiziki müdahale de gerekmez; örneğin mağduru çok soğuk ya da çok sıcak bir yerde alıkoymak, aç –susuz bırakmak, kokuya, ışığa, karanlığa maruz bırakmak, korktuğu hayvanlarla aynı odaya kapatmak, mağdurun önünde mağdurun yakınlarına şiddet uygulanması gibi davranışlarla da işlenebilir.<sup>78</sup> İşkencenin mağduru sadece şüpheli ve sanık olmadığı gibi, işkencenin amacı sadece bilgi almak-itiraf elde etmek de değildir; çünkü işkence sadece alıkonulma-tutulma-adli soruşturma mekânlarına özgü, bu mekânlarla sınırlı bir suç değildir.<sup>79</sup> Sözleşme hükümlerine göre, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil işkence olabileceği gibi, ulusal hukuk daha başka fiilleri de işkence olarak değerlendirebilir.

BM Sözleşmesinin ikinci fıkrasında geçen “*Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata helal getirmez.*” ifadesi çok açık biçimde TCK m. 94’ün yanı sıra diğer başka fiillerin de örneğin kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle kişileri yaralaması ya da zor kullanmada sınırı aşma fiillerinin de ulusal hukukta işkence kapsamında değerlendirilmesine imkân vermektedir. Ancak işkence suçunun tarih içindeki evrimi ve bu suçun uluslararası toplum nezdindeki vahameti nedeniyle devletler, kamu görevlilerinin herhangi bir fiilinden ziyade çok daha vahim ve sistematik olan fiillerini işkence olarak düzenlemek eğilimindedir. Ancak hangi fiillerin işkence hangilerinin kötü muamele, eziyet, orantısız güç kullanılması suçunu oluşturduğu konusunda kesin bir ölçüt de yoktur.

Ulusal hukukta işkence ile diğer kötü muameleleri birbirinden ayırmak için başvuru fena davranışların ve uygulanan şiddetin yoğunluğundan ve

<sup>76</sup> Bkz. Gemalmaz, s. 727; Önok, s. 411 vd; Koç ve diğerleri s. 73 vd; Rodley, s. 214- 215.

<sup>77</sup> Altıparmak, s. 146 vd.

<sup>78</sup> Bkz. Tezcan – Erdem – Önok, s. 229; Üzülmüş, s. 100 vd; Jayawickrama, s. 307.

<sup>79</sup> Bkz. Altıparmak, s 146 vd; Rodley, s. 217; Nagan – Atkins, s. 90.

bu davranışlarla ulaşılmak istenen amaçtan hareket edilmektedir.<sup>80</sup> Bir görüşe göre sadece kişinin çok ciddi acılar çekmesine neden olan ağır fiziksel acılar ya da ceza soruşturmasında kişilerden ifade-bilgi-itiraf almak amacıyla başvuru fiziksel şiddet fiilleri işkencedir.<sup>81</sup> Ancak işkence ile diğer aşağılayıcı ya da insanlık dışı davranışlar arasında bir “yoğunluk-kademe” farkı kurmak her zaman doğru değildir. Ancak kimi işkence fiilleri (örneğin ifade alma işlemleri sırasından kolluğun şüpheliyi tehdit etmesi ya da tokatlaması) zor kullanmaya ilişkin sınırın aşılması fiiline (örneğin göstericilerden birinin başına vurulan copla kafatasının kırılması) nazaran çok daha hafif kalabilir. Bu nedenle iki suçun maddi unsurunu oluşturan davranışlar arasında bir ağırlık aramak her zaman doğru olmayabilir. İşkence ve diğer zalimane davranışlar arasında acı ve ıstırapın yoğunluğundan hareketler dikey bir ilişki arayan yaklaşımlar 1970’li yıllardan sonra geçerliliğini yitirmeye başlamıştır.<sup>82</sup>

Öte yandan işkencenin varlığı için mutlaka bir cezai soruşturmada bilgi-ikrar elde etmek amacıyla kişilere karşı kötü davranılmış olması da gerekmez.<sup>83</sup> İşkence fiillerinin sadece ceza soruşturması sırasında bir araç olması özelliğiyle sınırlayan ve diğer kötü muamele fiilleri ile işkence arasındaki yatay ilişki kuran görüş de sözleşmelere bakıldığında doğru değildir. Çünkü bölgesel ve uluslararası nitelikteki birçok sözleşme işkenceyi yasaklamış ancak işkenceyi tanımlamayıp sözleşmeciler devletlere kapatılma-alıkonulma mekânları dışındaki soruşturmada bilgi ve ikrar elde

---

<sup>80</sup> İşkence ve diğer halleri ayırt etmek için esas alınan “uygulanan şiddetin derecesi” ölçütüne yönelik eleştiri ve bu ölçütün sakıncaları için bkz. Gemalmaz, s. 727; Doğru, s. 20.

<sup>81</sup> Bkz. Jayawickrama, s. 305 vd. AİHM de yakın tarihte verdiği Mehmet Ali Okur/Türkiye davasında “*Kötü muamelenin AİHS’nin 3. maddesi kapsamına girebilmesi için asgari ciddiyet düzeyine ulaşması gerekir. Bu düzeyin değerlendirilmesi göreceli olup yapılan kötü muamelenin süresi, fiziksel ve psikolojik etkileri, gerektiğinde mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu gibi koşullar da gözetilmelidir.*” diyerek kötü muamelenin derecesinin her bir somut olayda değerlendirilmesi gerektiğini işaret etmiştir. AİHM, Mehmet Ali Okur / Türkiye (Başvuru no: 31869/06, 17.01. 2012).

<sup>82</sup> Bkz. Altıparmak, s. 148. AİHM’in işkencenin varlığı için kötü muamelenin belli bir yoğunluğa ulaşmış olmasını aradığı kararlar için bkz. Cengiz Başak: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde, Yıl: 2002, Sayı: 4, s. 49 vd.

<sup>83</sup> Ancak AİHM, Eğmez/Kıbrıs (Başvuru no:30873/96, 21.12.2000, paragraf: 78) ve Denizci - diğerleri /Kıbrıs (Başvuru no: 25316-25321/94 ve 27207/95, 23.05.2001, paragraf: 384-386) kararlarında, davaya konu kötü muamelelerin işkence sayılıp sayılmayacağı konusunu ele alırken diğer unsurlarının yanı sıra kötü muamelenin amacının ifade almak olup olmadığını da dikkate almıştır. Mahkeme bu kararlarında kötü muamelenin işkence sayılıp sayılmayacağını değerlendirirken sadece kötü muamelenin amacının ifade almak olması gerektiğiyle yetinmemiş, diğer unsurların yanı sıra kötü muamelenin amacının ifade elde etmek olmasını da gerekli görmüştür.

etmek amacı dışındaki kötü muamele fiillerini de işkence kapsamında değerlendirip cezalandırma olanağı sağlamıştır. Gerçekten de işkencenin tarihine bakıldığında işkencenin amacının sadece ceza soruşturmalarında ifade almakla sınırlı kalmadığı, yaygın bir biçimde muhalifleri sindirmek, alıkonulan kişileri cezalandırmak, topluma gözdağı vermek, esirleri cezalandırmak amacıyla uygulandığı da açıktır.<sup>84</sup> İşkenceyi diğer kötü muamele türlerinden ayıran temel nokta acının yoğunluğu, şiddeti ya da sistematik-sürekli olması değil, şiddet tekeli elinde bulunduran devlet tarafından çoğunlukla muhalifleri sindirmek için bir araç olarak kullanılmasıdır.<sup>85</sup> İşkence, bizzat resmi otoriteler tarafından ya da bunların yönlendirmesi, teşviki sonucunda diğer kişilerce uygulanan şiddet fiilleridir.

İşkencenin varlığı, mağdurun herhangi bir biçimde ve herhangi bir yerde alıkonulması-kontrol altında tutulması ve işkence oluşturan davranışların devlet organ ve siyasetinin çıkarları-amaçları doğrultusunda gerçekleştirilmesidir.<sup>86</sup> Bu nedende, bir davranışın işkence sayılması için mağdurun mutlaka resmi tutulma mekânlarında alıkonulması gerekmediği gibi mağdurun bilgi vermesi-itirafta bulunması amacıyla işkenceye tabi tutulması da gerekmez. Uluslararası sözleşme hükümleri işkencenin bu şekilde yorumuna uygun olduğu gibi TCK m. 94'teki tanım da bu yoruma müsaittir. Karma ölçüt olarak nitelen bu yaklaşım önce yatay ilişkiden hareketle kötü muamele fiilinin uygulanma amacının işkence kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine, eğer amacı açısından işkence sayılma imkânı varsa bu kez de yatay-dikey ilişkiden hareketle kötü muamelenin yoğunluk olarak işkence sayılmaya müsait olup olmadığına karar verilecektir; nitekim Birleşmiş Milletler İşkence Özel Raportörü'nün yaklaşımı da bu yöndedir.<sup>87</sup> Bu nedenle kolluğun belli bir siyasal – toplumsal gruba yönelik müdahalesi sırasında grubun üyelerine yönelik ayrımcılık amacı taşıyan, bunları cezalandırmayı amaçladığı çok açık olan orantısız güç kullanımları da işkence kapsamında değerlendirilebilir.<sup>88</sup>

Öte yandan İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi<sup>89</sup> işkenceyi tanımlamasa da hürriyetinden yoksun bırakılan kişilerin işkence ve gayri insani ya da küçültücü ceza veya muameleye karşı korunmalarının sağlanması amacıyla

---

<sup>84</sup> Bkz. Jayawickrama, s. 299; Nagan – Atkins, s. 92 vd.

<sup>85</sup> Nagan - Atkins: s. 93; Altıparmak, s. 174.

<sup>86</sup> Altıparmak, s. 174.

<sup>87</sup> Bkz. Altıparmak, s. 149

<sup>88</sup> Altıparmak, s. 150.

<sup>89</sup> Bu Sözleşme, Türkiye tarafından 11.01.1998'de imzalanmış ve 26.02.1988'de onaylanarak 27.02.1988 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

hürriyetinden yoksun bırakılan kişileri ziyaret edecek bir Komitenin (İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesi İçin Bir Avrupa Komitesi) oluşturulacağından bahsetmektedir. Bu sözleşme ise işkenceyi kişilerin tutulmaları sırasından uğrayabilecekleri kötü muamele ile sınırlamıştır. Bunun için kişinin hürriyetinin sınırlanmış olması yeterli olup mutlaka resmi tutulma yerlerinde tutulması da gerekmez.<sup>90</sup> Örneğin AİHM önüne giden ancak dostane çözümle biten Karataş ve Boğa/Türkiye davasında başvuru katıldıkları bir cenaze töreninden sonra polis tarafından yakalama yapıldığında, polis otomobilinde ve karakola götürülürken yolda ve karakolda dövüldüklerini iddia etmişlerdir. Bu karara konu olayda kötü muamele fiilleri sadece resmi alıkonulma yerlerinde gerçekleşmemiş olmasına rağmen işkence ve kötü muamele yasağı ihlali nedeniyle kabul edilebilirlik kararı verilmiştir.<sup>91</sup>

AİHM Türkiye ile ilgili birçok benzeri olayda kolluğun toplumsal ve adli olaylara müdahale biçiminin Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkence ve kötü muamele yasağını ihlal ettiği yönünde karar vermiştir. Örneğin Necdet Bulut/Türkiye (Başvuru no: 77092/01, 20-11-2007) davasında, 16 yaşındaki silahsız kişinin kendisini yakalamaya çalışan polis memurları tarafından ayağından vurulmasının; Çelepkulu/Türkiye (Başvuru no: 41975/98, 27-11-2007), Gülşenoğlu/Türkiye (Başvuru no: 16275/02, 29-11-2007), Hazırcı ve Diğerleri/Türkiye (Başvuru no: 57171/00, 29-11-2007), Balçık ve Diğerleri/Türkiye (Başvuru no: 25/02, 29-11-2007), Mustafa Karabulut/Türkiye (Başvuru no: 40803/02, 20-11-2007) davalarında AİHM, başvuru sahiplerinin yakalama sırasında ve gözaltındayken gördükleri muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali olduğu yönünde karar vermiştir.

Hukuki konu, maddi konu, fail ve mağdur yönünden benzer yönlerine rağmen zor kullanmada sınırın aşılması suçu ile işkence suçu arasında çok önemli bir fark vardır. Bu fark işkencenin her koşulda suç oluşturmasına rağmen zor kullanmada sınırın aşılması suçunun esasen hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılmasından ibaret olmasıdır. Ancak zor kullanma sınırında orantının *ayrım gözetilmeden herhangi bir sebep dolayısıyla aşılarak* bireylere gerekmediği oranda orantısız ve zalimce uygulanan fiziksel şiddet TCK m. 94'teki tanıma göre işkence suçunu oluşturmasa da İşkencenin Önlenip Cezalandırılmasına Dair BM Sözleşmesi'ne göre işkence olarak tanımlanabilir. Örneğin yolu trafiğe kapatarak gösteri yapan bir grup transseksüelin olay yerinden uzaklaştırılması sırasında sırf (sadece) bu

---

<sup>90</sup> Altıparmak, s. 151.

<sup>91</sup> Karataş ve Boğa /Türkiye, Başvuru no: 24669/94, 17-10-2000.

grubun cinsel kimliğine duyulan öfke-nefret nedeniyle bayılıncaya kadar dövülmeleri halinde işkenceden söz etmek mümkün olacaktır.

Kolluğun toplantı ve gösterilere müdahale biçimi ve dağılmamakta direnen göstericilere karşı uyguladığı fiziksel şiddetin ağırlığı Türkiye’de çok sık eleştiri konusu olmaktadır. TCK m. 94’teki işkence tanımı nedeniyle bu tür fiillerin pozitif hukukta işkence kapsamında görülmemesi bu fiillerin vahametini azaltmadığı gibi, TCK m. 256’da zor kullanma yetkisinin aşılması suçunun varlığı da tek başına bu tür fiillerin işlenmesini azaltmaya yetmemektedir. Öte yandan sert fiziksel müdahalenin yapıldığı kimi toplumsal olaylardan sonra yetkililerin müdahalenin açık orantısızlığını dile getirerek sorumlular hakkında gerekli işlemler yapılacağına dair açıklamalarına rağmen soruşturmalar akamete uğramakta ve etkili bir hukuksal sonuç elde edilememektedir. Bu durumda da karakolda yapılsa işkence kapsamında değerlendirilecek birçok davranışın sokakta ya da göstericilerin tutulduğu otomobillerde, sokak aralarında, olay civarındaki işyerlerinde yapılması halinde cezasızlık olgusunu gündeme gelmektedir.

Kolluğun zor kullanmasına ilişkin en güncel olaylardan birine ilişkin olarak AİHM’in Ali Güneş/ Türkiye kararı önemlidir. Ali Güneş adlı Türk vatandaşı öğretmen, üyesi olduğu sendikaya (Eğitim-Sen) üye diğer öğretmenler ve başka kişilerle 28 Haziran 2004 günü, İstanbul’da yapılan NATO zirvesini protesto etmek amacıyla bir gösteriye katılmış, bu gösteriye son vermek isteyen polisler, çok yoğun biçimde biber gazı kullanıp, copluyarak grubu dağıtmışlar, grup üyelerinin bir kısmıyla beraber Ali Güneş de gözaltına alınmıştır. Bu olaya ilişkin başvuruyu ele alan AİHM, başvuran ve meslektaşlarının tümünün silahsız ve barışçıl bir tutum içerisinde olduğu (par. 9) böyle bir gösteride, “biber gazı” kullanımının solunum problemleri, bulantı, kusma, soluk borusu irritasyonu, göz irritasyonu, spazm, göğüs ağrısı, dermatit ve alerji gibi sorunlara yol açabileceği sonucuna vararak (par. 37) potansiyel olarak tehlikeli bir madde olan biber gazının açık havada kullanılması halinde bile ciddi etkileri olabileceği (par. 39) sonucuna varmış ve başvuranın kötü muamele gördüğüne dair iddialarına ilişkin soruşturma yürütülmemesinin yanı sıra kendisine göz yaşartıcı gaz sıkılması nedeniyle Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (par. 46)<sup>92</sup>.

AİHM, barışçıl bir gösteride cop ve biber gazının kontrolsüz ve gelişigüzel kullanılmasının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin “işkence yasağı” başlıklı 3. maddesine aykırı görmüştür. AİHS m. 3, “*Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.*”

<sup>92</sup> Ali Güneş /Türkiye, Başvuru no: 9829/07, 10 – 04 -2012.

biçimindedir. Mahkeme bu kararında iç hukukumuzda “zor kullanmada sınırın aşılması” suçu olarak değerlendirilen fiillerin Sözleşme açısından işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında olduğu sonucuna varmıştır. AİHM, iç hukukumuzda işkence olarak görülmeyen bu tür fiillerin de Sözleşme’deki işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında olduğu sonucuna varmıştır. Bu karardan sonra, zor kullanmada sınırın aşılması suçunun yapay bir suç olduğu, hatta işkence ve kötü muamele ile mücadeleyi engellediği sonucuna varmak mümkündür. AİHM’in bu kararı kolluğun biber gazı kullanımı açısından oldukça önemli ve öğretici olup, benzeri gerekçelerle Türkiye aleyhine yapılan başvurular da yeniden gündeme gelecektir.<sup>93</sup>

## SONUÇ

Uluslararası sözleşmeler ve mahkeme kararları açısından değerlendirildiğinde işkencenin varlığı için mutlaka sistematik davranışların varlığı, ifade alma ya da sorgu sırasında gerçekleştirilmiş olması ve mutlaka kamu görevlilerince gerçekleştirilmiş olmasının gerekmediği açıktır. İşkence suçunu oluşturan davranışlarla kasten yaralama ya da zor kullanmada sınırın aşılması suçunu oluşturan davranışlar arasında kesin bir fark da yoktur. Zor kullanmada sınırın aşılması fiillerinin işkencenin önlenmesine dair sözleşmelerde geçen zalimane ve gayri insani davranışlar olduğu açıktır. Sözleşmeler ve AİHM kararları açısından bakıldığında, zor kullanmada sınırın aşılması suçunun işkence suçu olarak düzenlenmesi de olanaklıdır. Ancak kanunkoyucu bu tarz davranışları işkence kapsamında görmeyerek (göreceli olarak) sadece belli ağırlıktaki davranışları işkence olarak değerlendirip diğerlerini ayrı bir suç türü olarak düzenlemiştir. Ancak bunun olumsuz sonucu, işkence sayılabilecek kimi davranışların çok daha hafif bir suç türü olan zor kullanmada sınırın aşılması suçu olarak değerlendirilip failin daha az bir cezaya mahkûm edilmesi ve uzun vadede işkence ve kötü muamele fiillerinde cezasızlık olgusunun ortaya çıkmasıdır.

Zor kullanmada sınırın aşılması fiillerini işkence kapsamında değerlendirmeyen kanunkoyucu, kanunda bu suça yer vermeseydi bile, bu fiili işleyen kamu görevlileri hakkında yaralamaya ilişkin sonuçlar gerçekleştiğinde tereddüt edilmeksizin TCK m. 86, ölüme ilişkin sonuçlar gerçekleştiğinde ise TCK m. 81 uygulanabilecekti. Nitekim TCK m. 256’da, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması

---

<sup>93</sup> Biber gazının niteliği ve toplumsal olaylarda kullanımına bağlı olarak son birkaç yılda gerçekleşen ölüm olaylarına ilişkin bkz. Ünüvar, s. 30-31.



halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı açıkça belirtildiği için bu suçun faili, TCK m. 86/f.3, d bendine göre cezalandırılacaktır. AİHM'in yakın tarihte verdiği Ali Güneş/Türkiye kararına konu olan olaylara ve Mahkeme'nin kararına bakıldığında TCK m. 256'da yer verilen suçun aslında yapay bir suç olduğu, işkence olarak değerlendirilebilecek kimi fiilleri kapsadığı açıktır.

Kanun, zor kullanmada sınırın aşılması halinde kasten yaralamaya ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir. Oysa zor kullanmada sınırın aşılması sonucunda ölüm de gerçekleşebilir. Bu durumda failin sorumluluğunun nasıl tespit edileceği de ayrı bir tartışmaya neden olacaktır. Eğer failin kastı yaralamaya yönelik olmasına karşın ölüm gerçekleşmişse fail TCK m. 87/f.4'e göre sonucu nedeniyle ağırlaşmış yaralamadan sorumlu olacaktır; yok eğer failin kastı öldürmeye yönelik ise bu durumda fail TCK m.81'e göre kasten insan öldürmeden sorumlu olmalıdır.

Kanunkoyucu bu tarz fiilleri işkence kapsamında görmeyerek kanundaki mevcut yapıyı korumaktan ve fail hakkında da kasten yaralamaya ilişkin hükümleri uygulamaktan yana ise bu durumda herhangi bir kamu görevlisi ile zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi arasında bir farka giderek ikinci gruptakilerin cezasını daha da artırmak yoluna gitmelidir. Çünkü devlet otoritesi adına zor kullanma yetkisi ile donatılmış olan kamu görevlileri, devlet otoritesi adına zor kullandıkları için bu yetkiyi kişisel anlayış ve tercihlerine uygun (keyfi) kullanmaları halinde devletin zor kullanma yetkisini kendi ellerine almış olacaklardır. Bu durumda da kamu otoritesi sarsılmış ve devletin zor kullanma gücü özel kişilerin eline geçmiş olacaktır. Devletin şiddet kullanma tekeli uygulayan görevliler, bu kamusal yetkiyi kendi çıkar ve kişisel anlayışlarına göre keyfi biçimde kullanmış olacaklarından, kamunun menfaatleri ve güç kullanımının hukuksal temeli de ortadan kalkmış, devletin şiddet tekeli meşruiyetini yitirmiş olacaktır.

Öte yandan işkence ve kötü muamelede cezasızlık olgusunu engellemek için, 765 sayılı mülga TCK m. 245'e, 02/01/2003 tarih ve 4778 sayılı kanunla eklenen "... bu maddede yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez." biçiminde bir hükmün TCK m. 256'ya eklenmesi olumlu olacaktır.

Suçun kovuşturması başlığında ele alındığı gibi 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesine 2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile "765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası

*kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.” hükmü eklenmiştir. Bu hükümden sonra mülga TCK m. 245’te yer alan zor kullanmada sınırın aşılması suçu açısından izin sistemi kaldırılmıştır. 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 3. maddesinde “ Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm karşısında 4483 sayılı kanunda geçen “765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddelerinde düzenlenmiş olan suçlar”, 5237 sayılı TCK m. 94’te düzenlenmiş olan işkence ve m. 256’da düzenlenmiş olan zor kullanmada sınırın aşılması suçuna karşılık gelmektedir. Bu açık hükümlerle, işkence ve zor kullanmada sınırın aşılması fiillerinin kovuşturmasında izin şartı kaldırılmıştır. Ancak buna rağmen, konuda idari ve adli makamlar yer yer tereddüt yaşamakta, bu durum hukuksal tartışmalara ve failerin korunduğu yönünde eleştirilere neden olmaktadır. Bu yöndeki tereddütleri ve cezasızlık olgusu eleştirilerini ortadan kaldırmak amacıyla TCK m. 94’e ve 256’ya, bu suçların soruşturma ve kovuşturmalarının genel esaslara göre yürütüleceği ve izin şartının aranmayacağı hükmü eklenmelidir.*

Görüldüğü gibi TCK m. 256’daki hüküm esasen yapay bir suç türü olup Kanun’da bu suça yer verilmeseydi bile bu fiili işleyen kamu görevlileri hakkında yaralamaya ilişkin sonuçlar gerçekleştiğinde tereddüt edilmeksizin TCK m. 86; ölüme ilişkin sonuçlar gerçekleştiğinde ise TCK m. 81 uygulanabilecekti. Kanundaki mevcut yapı korunacaksa bu durumda ölüm sonucunun gerçekleşmesi halinde failin sorumluluğunun ne olacağı da tereddüde yer vermeyecek biçimde açıkça düzenlenmelidir. Ancak bu değişiklikler yapılırsa bile zor kullanmada sınırın aşılması suçu, yapay bir suç olmaya devam edecektir. Çünkü failin kastına göre, bu tarz fiillerin yaralama kapsamında değil de işkence kapsamında değerlendirilmesi de olanaklı olup uluslararası hukuktaki yeni eğilim de bu yöndedir.

## KAYNAKÇA

- Altıparmak, Kerem: “İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz?: Türkiye’de Orantısız Güç Kullanma Sorunu”, Toplum ve Bilim Dergisi, Yıl: 2009, Sayı: 115, s. 139 - 176.
- Artuk, M. Emin – Gökçen, Ahmet –Yenidünya, A. Caner: 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2013.
- Artuk, M. Emin: “İşkence Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, 2008, Yıl:3, Sayı:7, s. 5 - 40.
- Atılğan, Mehmet – Işık, Serap: “Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye’de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri”,  
(“<http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/cezasizlik.pdf>, son erişim: 12.2.2014)
- Avcı, Gökmen: “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:5, Sayı: 52, Aralık 2010, s. 83-101.
- Bakıcı, Sedat: 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Adalet Yay., Ankara, 2010.
- Başak, Cengiz: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2002, Sayı: 4, s. 41- 72.
- Doğru, Osman: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yay., İstanbul, 2006.
- Ergül, Ozan – Ketizman, Muammer: “Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Üzerine”, Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2007, s. 12 - 19.
- Eryılmaz, M. Bedri – Bozlak, Ayhan: “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2009, Sayı: 83, s. 223 - 277.
- Gedikli, Mustafa: Savunma Taktikleri- Orantılı Güç Kullanma Uygulamaları; Adalet Yay., Ankara, 2010.
- Gemalmaz, M. Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2010.
- Güzeloğlu, Turan: Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi, Seçkin Yay., Ankara 2008.
- Gözübüyük, A. Pulat: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Kazancı Hukuk Yay., İstanbul, (Tarihsiz).
- İçli, Tülin Günşen: “Güç Kullanma Yetkisi ve Bunun Kullanımında Polisin Çelişkisi”, Polis Bilimleri Dergisi, 1998, Sayı:1, s. 69 -74.

- Jayawickrama, Nihal: *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Koca, Mahmut: “Türk Ceza Hukukunda Hata”, ‘3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi’, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin Yay., Ankara, 2009, s. 81-103.
- Kocasakal, Ümit: “Özel Güvenlik Görevlilerinin Silah Kullanma ve Diğer Bazı Zorlayıcı Önlemlere Başvurma Yetkisi”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yay., İstanbul 2003, s. 353 - 368.
- Koç, Aysun – Üçpınar, Hülya – Sakallı, Nazan – Ataş, Nergiz Tuba: *İşkenceye Açık Kapılar*, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yay., İzmir, 2009.
- Malkoç, İsmail: *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008.
- Nagan, P. Winston – Atkins, Lucie: “The International Law of Torture: From Universal Proscription to Effective Application and Enforcement”, *Harvard Human Rights Journal* içinde, Yıl: 2001, Sayı: 14, s. 87-121.
- Nowak, Manfred – McArthur, Elizabeth: *The United Nations Convention Against Torture*, Oxford University Press, 2008.
- Osmanoğlu, M. Kerem: *Polisin Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları*, Beta Yay., İstanbul, 2002.
- Önok Murat: *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yay., Ankara, 2006.
- Özbek, Veli Özer: *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı*, Seçkin Yay., Ankara, 2008.
- Parlar, Ali – Hatipoğlu, Muzaffer: *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Rodley, S. Nigel: “Integrity of the Person”, ‘*International Human Rights Law*’, (Edit: D. Moeckli – S. Shah – S. Sivakumaran), Oxford, 2010, s. 209 - 232.
- Sevük, Handan Yokuş: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2009, Sayı:1, s. 85 -117.
- Tezcan, Durmuş – Erdem, M. Ruhan – Önok, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara, 2007.
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi İnsan Hakları Raporu, TBB Yay., Ankara, Nisan 2013.
- Ünüvar, Ümit: “Biber Gazı Öldürür mü?”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Ekim 2012, s. 30-31.
- Üzülmez, İlhan: *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Turhan Yay., Ankara, 2003.
- İlhan Üzülmez: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, *Hukuk ve Adalet –Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2005, s. 227-247.

*HAKEMLİ*

## **HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALESİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU**

*Yrd. Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ\**

### **I. GİRİŞ**

Hiç kimse, her ne adla olursa olsun, başkasının vücut bütünlüğünün ihlal etmek hakkına sahip değildir.

Türk Ceza Kanunu, kasten veya taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişiyi “yaralama suçu” adı altında cezalandırmaktadır (TCK, md. 86 vd). Öte yandan bir insanın kasten ya da taksirle ölümüne sebep olan kişi TCK’ nun 81, 82, 83 ve 85. maddeleri gereği cezalandırılmaktadır.

Tıbbi müdahaleler de kural olarak bu kapsamda değerlendirilmekte, ancak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde daha başından itibaren suç olmamaktadır.

Aşağıda öncelikle yaralama ve öldürme suçları bakımından hekimin sorumluluğu incelenmiş, ardından bu suçları hukuka uygun kılan neden ya da nedenlerin ne olduğu üzerinde durulmuştur.

### **II. HEKİMİN SORUMLULUĞU**

#### **1. Yaralama Suçu Bakımından Hekimin Sorumluluğu**

Yaralama suçuyla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer, kişinin fiziki ve psikolojik bütünlüğünün dokunulmaz olmasındaki hukuki yarar<sup>1</sup>.

---

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Hafizoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2011, s. 75; Tezcan, D./Erdem, M. R./Önok, R. M.: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2008, s. 195.

Kuşkusuz suçu hekim de dâhil herkes işleyebilir. Şöyle ki; hekim her ne kadar hastanın vücut bütünlüğüne, zarar vermek değil iyileştirmek amacıyla müdahale etmekte ise de yaralama suçu açısından “faili suça iten neden”, yani saikin bir önemi bulunmamaktadır. Bu suçta, kusurluluğun tespitinde genel kast ya da taksir yeterlidir.

TCK’ nun 21. maddesi uyarınca kast; suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi, bir başka deyişle neticenin gerçekleşmesine kayıtsız kalması halinde ise olası kast söz konusu olur.

TCK’ nun 22. maddesi taksirli sorumluluğu düzenlemektedir. Madde gereği basit taksir; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, tedbirsizliği ve dikkatsizliği nedeniyle neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır.

Örneğin kangren olmuş bir parmağı kesen hekim hastanın vücut bütünlüğüne zarar verdiğini bilmekte ve bunu istemekte, yani kasıtlı olarak hareket etmektedir. Burada hekimin iyileştirmek amacıyla hareket etmiş olmasının kusurluluk açısından bir önemi bulunmamaktadır. Ancak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde hekimin bu fiili yaralama suçunu oluşturmayacak, aksine daha başından itibaren fiilin hukuka uygun olması sonucunu doğuracaktır. Şu kadar ki aynı durumdaki hekim, olayda kendi fiilini hukuka uygun kılacak herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını bilmesine karşın, yine de hasta üzerinde müdahalede bulunursa, tedavi etmek kastıyla hareket etmiş olsa dahi kasten yaralama hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Taksirli sorumluluğa örnek verecek olursak; aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, hastanın rızasının varlığı noktasında esaslı olmayan bir hataya düşerek tıbbi müdahalede bulunan hekim suçun taksirli şekli Kanunda düzenlenmiş olduğundan meydana gelen neticeye göre taksirle adam yaralama hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Diğer taraftan hastanın rızası dâhilinde gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale esnasında mesleğini, mesleğin gerektirdiği özene uygun icra etmeyen hekimin de taksirli sorumluluğu doğacaktır<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Albegiani, F.: Profili problematici del consenso dell’ avente diritto, Milano 1995, s. 93 vd.; The right honourable the Lord Irvine of Lairg: The patient, the doctor, their lawyers and the judge: Rights and duties, medical law review, 7, Autumn 1999, s. 256 vd. Hatalı tıbbi

Hastanın zamanında muayene edilmemesi, gözlem altında tutulması gereken travmalı hastanın taburcu edilmesi, hekimin kendi yapması gereken tıbbi müdahaleyi yetkili olmayan başka bir sağlık görevlisine yaptırması, neticeyle nedensellik bağı kurulabilmesi halinde hastaya hatalı tanı konulması vb. durumlar tıbbi hatalara örnek gösterilebilir<sup>3</sup>.

## 2. Öldürme Suçu Bakımından Hekimin Sorumluluğu

Hastası üzerinde hukuka aykırı bir müdahalede bulunması ve müdahale neticesinde bu kimsenin ölmesi halinde hekim, kusuru oranında öldürme suçundan sorumlu olacaktır.

Burada sorumluluk kasıtlı ya da taksirli olabilir. Örneğin, öldürücü bir hastalıkla boğuşan hastasının acılarını dindirmek adına yaşam destek ünitesini kapatan bir hekim, kasten adam öldürme hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Buna karşın, hastayı tedavi ederken dikkatsiz davranması sonucu hastası ölen hekimin taksirli sorumluluğu doğabilecektir.

O halde, madem vücut bütünlüğünü ihlal eden kasıtlı ve taksirli her davranış meydana gelen neticeye göre yaralama veya öldürme suçları kapsamında değerlendirilmektedir, tıbbi müdahaleler de vücut bütünlüğünü ihlal ettiğinden<sup>4</sup>, bu müdahaleleri hukuka uygun kılan nedenin ne olduğu ve sınırlarının nasıl çizildiği sorusu akla gelmektedir...

Kanunen suç teşkil eden bir fiilin cezalandırılması için sadece kusurlu olması yetmez, ayrıca fiilin hukuka aykırı olması, yani hukuk düzeniyle çatışma halinde bulunması da gerekmektedir. Ortada hukuk düzeniyle bir çatışma yoksa elbette bir suç da yoktur<sup>5</sup>.

---

müdahalelerde hekimin kusurunun tespitine yönelik tartışmalar için ayrıca bkz.; Şenocak, Z.: Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Özel Sorunlar, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara 2008, s. 245 vd.; Koca, M.: Hekimin Taksirli Fiillerinden Doğan Cezai Sorumluluğu, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu' ndaki Düzenlemeler Sempozyumu (İstanbul 17.11.2006), no. 1, İstanbul 2007, s. 95 vd.

<sup>3</sup> Gökcan, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahale Nedeniyle Hekimin Ceza Sorumluluğu ile İlgili Yargıtay Uygulaması, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara 2008, s. 324 vd. (321-329)

<sup>4</sup> Dönmezer/Erman, C. II, s. 45 vd.; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 276; Hancı, H.: Malpraktis, Ankara 2006, s. 26 vd.; Hafizoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 253; Artuk, M. E./Gökçen, A./Yenidünya, C.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 441; Demirbaş, T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 287 vd., Centel, N./Zafer, H./Çakmut, Ö.: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006, s. 337 vd.; Çeker, M.: Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, <http://www.cu.edu.tr>, yararlanma tarihi: 02.07.2008.

<sup>5</sup> Hafizoğulları/Özen, GH., s. 219.

### III. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU

#### 1. Hakkın Kullanılması

TCK, “hakkını kullanan kimseye ceza verilmez” demektedir<sup>6</sup>. Bir görüş, hekimin tıbbi müdahalelerde hakkını kullandığını ve kamusal bir hakkın kullanımı olan tıp mesleğinin icrasının fiili başından itibaren suç olmaktan çıkararak bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri sürmektedir.

Bu görüş taraftarlarına göre tedavi edici tıbbi müdahalede<sup>7</sup> bulunan hekim mesleğini icra etmektedir. Hekim, hekimlik mesleğini tıp biliminin belirlediği tekniklere uygun olarak icra ettiği sırada meydana gelen yaralama veya ölümden sorumlu değildir. Çünkü tıp mesleğinin icrası kaynağını kanundan<sup>8</sup> alan kamusal bir hakkın kullanımını olduğundan hukuken korunan bir değer veya menfaatin ihlali sayılmamaktadır<sup>9</sup>.

Tıp fakültesinden mezun olmak ve tabip odalarına kaydolmakla bu hak doğar. Ancak hakkın kötüye kullanımını hukuk düzeni korumaz.

Hekimlik mesleğini icra yetkisi olmayan kimsenin müdahalesi hukuka aykırı olacaktır. Nitekim Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 25. ve 26. maddeleriyle; diploması olmayan veya diploması olup da her ne surette olursa olsun meslekten men edilen hekimin müdahalesini yasaklamıştır. Zorunluluk haline<sup>10</sup> ilişkin hükümler saklıdır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’ nin 3. maddesi uyarınca; “tabip, vazifesi ve

<sup>6</sup> TCK, md. 26/1.

<sup>7</sup> Tedavi edici tıbbi müdahale; hastaların fiziksel veya psikolojik bir hastalığını teşhis ve tedavi etmek amacıyla, tıp meslek ve sanatını icraya yetkili kişiler tarafından tıp biliminin genel olarak benimsenmiş esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayıp en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan faaliyetlerdir. (Çakmut, Ö.: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi, İstanbul 2002, s. 24; Erman, B.: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 27; Demirbaş, s. 287.

<sup>8</sup> 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu

<sup>9</sup> Hafizoğulları/Özen, GH., s. 253.

<sup>10</sup> Burada zorunluluk halinden kastedilen, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halidir. Öte yandan Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), 223/3-b maddesi hükmüyle, zorunluluk halinde beraat değil, kusurun bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmayacağı kararı verileceğini belirtmekte; böylece zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak düzenlendiği intibamı uyandırmaktadır. Ancak TCK’ nun 25/2. maddesinde bir genel hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş bulunan zorunluluk halini, aynı Kanun’ un özel hükümlerinde yer alan ve kusurluluğu kaldıran bir neden olarak düzenlenen zorunluluk hallerinden ayırmak gerekmektedir. Dolayısıyla ceza muhakemesi neticesinde ancak bu ikinci halde CMK uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecektir. TCK’ nun 25/2. maddesine giren ve bizim çalışmamızda tıbbi müdahaleler ile deneme suçu açısından kabul ettiğimiz zorunluluk hallerinde ise hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyeti sebebiyle daha başından itibaren suç olan bir fiil olmadığından beraat hükmü verilecektir.



ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur”.

Dayanağını 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu’ndan alan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’ nün 13/1. maddesi uyarınca “tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi uygular. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından kınanamaz”. Ancak her hak gibi bu hak da sınırsız değildir. Hakkın kullanılmasında sınırın aşılması, örneğin mesleğin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak hakkın kötüye kullanılması halinde hekim işlediği fiilden sorumlu olacaktır.

Hekimin müdahalesi yalnızca bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 18. maddesi’ ne göre; tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmî veya insani vazifenin ifası hallerinde hastaya bakmak ve hastanın tedavisini üstlendikten sonra mesleğin gerektirdiği şekilde tedavi etmek zorundadır. Aynı Tüzüğü’nün 2. maddesi ise “tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir” der.

Bu görüşteki bir kısım yazarlar, tedavi amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının rol oynamayacağını, zira 1219 sayılı Kanun’ un 70. maddesinin, ifadeye muktedir olmayan kimseler üzerindeki tedavi edici müdahaleleri rızaya dayandırmadığını, dolayısıyla bu kimselerin rıza ehliyeti olsa dahi rızanın mevcudiyetinin hukuka uygunluk sebebinin varlığı bakımından önemi olmadığını savunmaktadırlar<sup>11</sup>.

## 2. Hastanın Rızası

TCK, “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” demektedir. Bu bağlamda bir görüş, tıbbi müdahaleleri hukuka uygun kılan nedenin “rıza” olduğunu savunmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenleri belirlenirken, ister genel isterse özel hukuka uygunluk nedeni olsun, kaynağını Anayasada bulan hak ve özgürlüklerden alır ve bir değer diğer değere eşit ya da üstün olması ilkesine dayanır<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Dönmezer/Erman, C. II, s. 52. Aynı yazarlar, hakkın kullanılmasının subjektif sınırının tedavi etmek amacı olduğu düşüncesiyle, bilimsel deneyin hakkın suistimali olduğunu savunurlar (Bkz., Dönmezer/Erman, C. II, s. 52). O dönem için bu kabul edilebilir gözükse de günümüzde insan üzerinde gerçekleştirilen deney ve denemeler, TCK’ nca düzenlenmiş olduğundan, bahsi geçen düşünce, geçerliliğini korumamaktadır.

<sup>12</sup> Hafizoğulları/Özen, GH., s. 235.

Rıza da TCK' nun genel hükümleri arasında yer alan genel hukuka uygunluk nedenlerinden olup yapısına uygun düşmek kaydıyla pek çok suçta, özellikle de TCK' nun ikinci kitap ikinci kısmında yer bulan kişilere karşı suçlarda uygulanma kabiliyetine sahiptir. Rızanın bir genel hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin temelinde kaynağını vücut bütünlüğü, kişinin vücudu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesi gibi temel kişi hürriyetlerinden alan bu genele uygulanabilirlik vardır ki pek çok ülke hukukunda da rıza genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul görmektedir<sup>13</sup>.

Rıza tıp hukukunda da<sup>14</sup> bir hukuka uygunluk nedeni kabul edilmektedir.

Anayasa' nın 17. maddesi ve Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun gereği Tıbbi müdahalede bulunmak hekime Kanunen tanınmış bir hak ve yetkidir. Hukukça tanınan bir hak ve yetkinin icrasına verilen rıza geçerli bir rızadır.

---

<sup>13</sup> Crespi, A.: La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto, Palermo 1955, s. 44 vd.; Bettiol, G./Mantovani, L. P.: Diritto penale, PG., Padova 1988, s. 400; Antolisei, F.: Manuale di diritto penale, PG., Milano 2003, s. 288 vd.; Albegiani, F.: Profili Problematici del Consenso dell' avente Diritto, Milano 1995, s. 46 vd.; Bilancetti, s. 234, 298 vd. Ayrıca bkz., Vergallo, G. M./Fрати, P./Zampi, M./Di Luca, N. M.: La responsabilità penale per trattamento chirurgico arbitrario, Rivista italiana di medicina legale, Y. 2010, S. 01, s. 21 vd.; Cocco, G.: Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche savla vita (con qualche considerazione penalistica, Responsabilità civile e previdenza, Y. 2009, S. 03, s. 485 vd.; Coraggio, C.: Il consenso informato: Alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale, Giurisprudenza costituzionale, Y. 2008, S. 6, s. 4981 vd.; Cupelli, C.: Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare), Cassazione penale, Y. 2008, S. 5, s. 1807 vd.; Marzano, F.: Trattamento sanitario in assenza del consenso del paziente: Rilevanza del mancato consenso o solo dell' esplicito dissenso? Cassazione penale, Y. 2007, S. 04, s. 1829 vd.; Colonnelli, A. E./Della Croce, F./Gentilomo, A.: Verso un modello sostenibile di consenso informato: l'esperienza dell'Ospedale Maggiore di Milano, Rivista italiana di medicina legale, Y. 2005, S. 03, s. 581 vd.; Benciolini, P.: La "medicina legale clinica", Rivista italiana di medicina legale, Y. 2005, S. 03, s. 451 vd.; Callipari, N.: Manuale pratico sul consenso informato nella responsabilità medica, Roma 2009, s. 29 vd.; Fiori, A./Marchetti, D.: Medicina legale della responsabilità medica, Milano 2009, s. 57 vd. ; Frazzini, M./Sgroi, M.: La responsabilità del medico, Matelica 2006, s. 12 vd.; Iadecola, G./Bona, M.: La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, Milano 2009, s. 6 vd.; Toscano, G.: Informazione, consenso e responsabilità sanitaria, Milano 2006, s. 69 vd.; Toroslu, N.: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2012, s. 174 vd.

<sup>14</sup> Bugün, "tıp hukuku" kendine özgü etik ilkelere sahip, özgün, ayrı bir hukuk dalı olarak kabul görmekte ve gelişimini sürdürmektedir. Bkz., ayrıntılı bilgi için; Gülan, A.: Tıp Hukuku Açısından Hasta ve Hekim Hakları, ANKEM Dergisi, 2006, 20 (Ek 2), s. 17 vd., www.ankemdernegi.org.tr., yararlanma tarihi: 30.01.2012.

Kişinin kendi geleceğini tayin edebilmesi; içinde bulunduğu durumu bilmesi, aydınlanması, yapılacak tıbbi müdahalenin etkilerini ve sonuçlarını öğrenmesi ve bunun sonucunda tedaviyi uygun bulması, buna razı olması, tedaviyi devam ettirmesi ya da sonlandırması ile mümkün olabilir<sup>15</sup>.

Bu kapsamda teşhis ve tedaviye yönelik olarak hekimin hastaya müdahalesini içeren her durumda kural olarak hastanın rızası alınmalıdır<sup>16</sup>.

Rıza bir iletişim sürecidir<sup>17</sup>. Ancak bu iletişim yeter ki hasta sağlıklı bir şekilde bilgilendirilmiş ve rıza da sağlıklı bir şekilde verilmiş olsun; açık veya örtülü, sözlü veya sözsüz<sup>18</sup> olabilir. Hastanın rızası hal ve durumundan anlaşılabiliriyorsa, örneğin bilinci açık ve vücut fonksiyonları yerinde olmasına rağmen müdahale hakkında yeterli düzeyde bilgilendirilmiş olan hasta müdahaleye engel olmuyorsa örtülü rızadan bahsedilebilir<sup>19</sup>. Zira mevzuatta yer alan istisnalar dışında rıza herhangi bir şekle bağlı değildir. Yazılı veya sözlü olabileceği gibi işaretle ya da yukarıda açıklandığı üzere karşı koymamak suretiyle dahi belirtilebilir. Ancak yazılı rızanın arandığı hallerde örtülü rıza fiili hukuka uygun kılmaya yetmeyecektir. Büyük cerrahi müdahaleler, insan üzerinde gerçekleştirilen deney ve denemeler, organ ve doku alınması, saklanması, nakli, insan kökenli biyolojik maddelerin

---

<sup>15</sup> Bayraktar, K.: Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu' ndaki Düzenlemeler Sempozyumu (İstanbul 17.11.2006), no. 1, İstanbul 2007, s. 97.

<sup>16</sup> Viganò, F.: Profili penale del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente, Rivista italiana diritto e procedura penale, Y. 2004, S. 01, s. 140 vd.; Iadecola, G.: Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico chirurgico, Cassazione penale, Y. 2003, S. 9, s. 2659 vd.; Barni, M.: Equilibrismi dialettici tra consenso limitato e dissenso esplicito vs. l'atto medico, Rivista italiana di medicina legale, Y. 2003, S. 2, s. 402 vd.; Manning, J.: Informed consent to medical treatment: The common law and New Zealand' s code of patients' rights, Medical law review, 12, Summer 2004, s. 181 vd.; Morrison, D.: A holistic approach to clinical and research decision-making: Lessons from the UK organ-retention scandals, Medical law review, 13, Spring 2005, s. 45 vd.; Heywood, R./Macaskill, A./Williams, K.: Informed consent in hospital practice: Health professionals' perspectives and legal reflections, Medical Law Review, 18, Spring 2010, s. 152 vd.; Skegg, P. D. G.: English medical law and "informed consent": an antipodean assessment and alternative, medical law review, 7, Summer 1999, s. 135 vd.; Kök, A. N.: Türk Ceza Adalet Sisteminde hekimlik Uygulamaları ile İlgili Maddelerin Tıbbi Etik Açısından Değerlendirilmesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu' ndaki Düzenlemeler Sempozyumu (İstanbul 17.11.2006), no. 1, İstanbul 2007, s. 81 vd.

<sup>17</sup> Örnek Büken, N.: Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara 2008, s. 40.

<sup>18</sup> Doğan, C.: Hastanın Aydınlatılması ve Rızanın Alınması, KKTC Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (2-3 Mart 2009 Girne/KKTC), Ankara 2010, s. 164.

<sup>19</sup> Bayaktar, s. 140; Hunt, G.: Notes on informed consent in health care, www.freedomtocare.org., yararlanma tarihi: 20.08.2008.

alınması, aşılması, nakli ile rahim tahliyesi ve sterilizasyon işlemleri, yazılı şekil şartına tabidir<sup>20</sup>. Öte yandan ispat açısından her türlü müdahalede rızanın yazılı olması kolaylık sağlayacaktır<sup>21</sup>.

Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz. Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hâkimin kararına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir<sup>22</sup>. “Sakınca” halinden anlaşılması gereken zorunluluk hali olmalıdır. Zira aksi yönde bir kabul, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına engel olmak anlamına gelecektir<sup>23</sup>.

Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir. Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz<sup>24</sup>.

Küçük veya kısıtlı üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde, kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır<sup>25</sup>.

Varsayılan rızaya dayalı tıbbi müdahale de hukuka uygundur. Şöyle ki; içinde bulunulan hal ve şartlar, hastanın müdahaleye razı olacağını objektif bir biçimde kabule elverişliyse, bu halde varsayılan rızadan söz edilir. Zira Biyotıp Sözleşmesinin 9. maddesi uyarınca; “müdahale sırasında isteğini

---

<sup>20</sup> Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, md. 13 vd., Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, md. 6.

<sup>21</sup> Bkz.; Yargıtay 13. HD., 2008/4519E., 2008/10750 K.; Yargıtay 13. HD., 2008/4519 E., 2008/10750 K.

<sup>22</sup> HHYön., md. 22.

<sup>23</sup> Soyaslan, D.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 367.

<sup>24</sup> HHYön. md. 25. Ayrıca bkz.; Ünver, Y.: Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s. 195.

<sup>25</sup> HHYön. md. 26.

açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınmalıdır”.

Ancak olayda zorunluluk halinin unsurları mevcutsa artık varsayımsal rıza hukuka uygunluk nedeninin şartlarının sağlanıp sağlanmadığına bakılmamalıdır.

Örneğin bilinci kapalı bir hastaya acil müdahale yapmak gerekliliği ortaya çıktığında, varsayımsal rızaya dayanan bir hekim; hasta iradesini açıklayabilecek durumda olsaydı nasıl bir irade açıklamasında bulunacaktı sorusunun cevabını arar ki bu çoğu zaman hastayı yeterince ya da hiç tanımadığı da göz önüne alınırsa hekimi yanlış sonuçlara götürür. Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenine dayanan bir hekim ise kendi objektif değer yargılarına göre hastanın en yararına olan seçimi yapacaktır<sup>26</sup>. Bu da hastanın iradesini yok saymak anlamına gelir. Şu halde yapılması gereken vak’ada üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin unsurlarını aramak, eğer söz konusu şartlar mevcutsa bu hukuka uygunluk nedenini esas alarak müdahaleyi gerçekleştirmek olacaktır<sup>27</sup>.

Varsayılan rıza açısından üzerinde durulması gerekli bir diğer problem de rıza genel ve soyut olamayacağı için “ameliyatın genişletilmesi” noktasında kendisini göstermektedir. Burada şartları mevcutsa zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebine başvurmak mümkündür. Ancak tıbben ameliyatın genişletilmesi gerekmele birlikte genişletilmemesi halinde karşı karşıya kalınan risk ağır ve muhakkak olarak beden veya ruh tamlığına zarar vermiyor ya da yaşamsal bir tehlike ihtiva etmiyorsa, varsayımsal rızaya başvurmak olasıdır<sup>28</sup>. Yani zorunluluk halinin unsurlarını taşımamakla birlikte ameliyatın yarıda bırakılması, genişletilmesinden daha büyük rizikolar taşıyorsa varsayımsal rızaya dayanılabilir. Fakat daha önce de ifade ettiğimiz gibi varsayımsal rıza gerek ispat açısından gerekse hastanın gerçek niyetini belirlemekteki güçlük açısından, zorunlu kalınmadıkça kullanılmaması gerekli bir hukuka uygunluk nedenidir. Öte yandan ameliyatın yarım bırakılmasının hasta açısından hiçbir yakın ve olası riziko taşımaması halinde ameliyatı genişletmeyerek hastanın rızasına başvurmak amacıyla yarım bırakmak yerinde olacaktır.

Diğer hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi hastanın rızasının etki alanı da sınırsız değildir. Rıza hukuka aykırı olamaz. Hekim hastanın rıza

---

<sup>26</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s. 166.

<sup>27</sup> Nuhoğlu, A.: Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (28 Şubat-01 Mart 2008 Ankara), Ankara 2008, s. 55.

<sup>28</sup> Çeker, <http://www.cu.edu.tr>, yararlanma tarihi: 09.07.2008.

gösterdiği her türlü müdahaleyi yapamayacağı gibi hastanın tedaviyi ret hakkı da sınırsız değildir.

Sözgelimi sırf kişi öyle istiyor diye hekim herhangi bir endikasyon olmaksızın beden üzerinde tıbbi müdahalede bulunamaz. Aksi takdirde kasten yaralama suçunu işlemiş olur. Kişi kendini yaralayabilir hatta öldürebilir. Bu fiiller suç teşkil etmez. Çünkü bir suçun mağduruyla faili aynı kişi olamaz. Ancak bu fiillere bir üçüncü kişi katılırsa fiil onun açısından suç teşkil edecektir. Örneğin tedavisi olanaklı olmayan bir hastalıkla mücadele eden hastanın acılarına son vermek amacıyla ve onun istemi üzerine ölmesine yardım etmesi halinde, bunu yapan hekim de olsa kasten öldürme hükümlerine göre cezalandırılır<sup>29</sup>. Ülkemizde ötenazi kabul edilmemektedir. Diğer taraftan belirtmekte fayda vardır ki kişinin kendini öldürmesi ya da hayatını veyahut hayati organlarından birini tehlikeye sokabilecek şekilde yaralaması ya da kendisinin öldürülmesine veya bahsi geçen şekilde yaralanmasına rıza göstermesi halinde rıza gösteren bu kişi suç işlemiş olmaz. Ancak her ne kadar suç işlemiş olmasalar da bizce söz konusu kişilerin bu dereceye varacak şekilde vücutları üzerinde tasarrufta bulunmak hakları yoktur. Bu yönde bir yorum, kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma temel hakkının özüne zarar vermediği gibi, bir hakkın başladığı yerde diğerinin biteceği kuralını da destekler niteliktedir. Çünkü hayati tehlike veya hayati organların ağır bir zarar tehdidi altında bulunması halinde artık vücut üzerinde tasarrufta bulunma hakkı son bulurken, yaşama hakkı başlayacaktır. Dolayısıyla bu hallerde rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Pek tabii rıza mukabilinde yaralanan değil ama yaralayanın ya da ölen değil ama öldüren üçüncü kişinin ceza hukuku anlamında sorumlulukları devam etmektedir. Bu noktada üzerinde durulması gerekli bir diğer konu da doktrinde pek çok yazar tarafından, tıbbi müdahaleler açısından aranan zorunluluk halinin, ancak bilinç kaybı halinde<sup>30</sup> eğer gecikilmesinde tehlike olan hayati bir durum varsa mevcut olduğunun varsayılmasıdır. Oysa yukarıda açıklanan nedenlerledir ki; hasta bilinç kaybı yaşamıyor hatta tedaviyi reddediyor olsa dahi eğer hayati bir tehlikesi ya da hayati organlarından birinin kaybı ya da arazi gibi bir tehlike mevcut ise (ki son tahlilde bu hal de hayati tehlike teşkil eder) üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin koşulları oluşmuş demektir. Bu durumda hekim müdahalede bulunmakla yetkili ve yükümlüdür. Sayılan hallerde hekimin fiili, hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyeti sebebiyle suç olmaktan çıkacaktır. Nelerin hayati tehlike teşkil ettiği, tıp biliminin konusudur.

---

<sup>29</sup> Öztürel, A.: Ötenazi, <http://auhf.ankara.edu.tr.>, yararlanma tarihi: 07.08.2008.

<sup>30</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s. 216.

Aşağıda sayılan yaralanmalardan biri ya da birkaçı gerçekleşmişse hayati tehlike var demektir<sup>31</sup>:

- 1- Kafatası kırıkları
- 2- İlk üç servikal vertebra kırığı
- 3- Kafa içi kanama, kontüzyon, laserasyon
- 4- Klinik bulgu veren beyin ödemi
- 5- İç organ yaralanmaları
- 6- Büyük damar yaralanmaları

7- Büyük damar ve iç organ yaralanması olmasa bile %20' den fazla kan kaybına işaret eden klinik tabloya yol açan yaygın ekimoz, hematom, ve laserasyonlar

8- Medulla spinalis lezyonu

9- İç organ lezyonu olmasa dahi göğüs ve batin boşluğuna penetre yaralanmalar

10- Vücut yüzeyinin %20'den fazlasının ikinci derece ya da %10'dan fazlasının üçüncü derece yanmış olması.

11- Kuduz hayvan ısırığı

12- Elektrik çarpması (Giriş ve/ya çıkış lezyonu bulunması veya vücuttan elektrik akımının geçtiğini gösteren klinik bulguların varlığı)

10- Ağır klinik tabloya yol açan zehirlenmeler

Öte yandan rıza vermemek olarak da tanımlayabileceğimiz tedaviyi red hakkı için de yukarıdaki açıklamaları geçerli kabul etmek yerinde olacaktır. Her ne kadar hastanın tedaviyi ret hakkı varsa da<sup>32</sup> bu hak kanuna aykırı

<sup>31</sup> Bkz. ayrıntılı bilgi için; Yeni Türk Ceza Kanunu' nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Grup Başkanlığı, <http://www.adlitipankara.gov.tr.>, yararlanma tarihi: 04.05.2011; Ayrıca bkz.; Bengidal, S. M./Kekinkılıç, B./Kuvan, L./ Odabaşı, O./Bengidal, S.: Acil Servislerde Hekimin Adli Sorumluluğu, STED 2001, C. 10, S. 8, s. 301, <http://www.ftb.org.tr.>, yararlanma tarihi: 04.05.2011.

<sup>32</sup> "...ilgili kişi muvafakatini her zaman geri alabilir." (Biyotıp Sözleşmesi, m. 5), "...hayati veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır." (HHYön, m. 24), "Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına

olarak kullanılmaz. Şu durumda üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin unsurlarının mevcut olması ya da hastanın durumunun toplum sağlığını tehdit etmesi<sup>33</sup> (örneğin zührevi bir hastalığa sahip olması) halinde tedaviyi red hakkı yoktur.

TCK'nın 25/2. maddesi uyarınca zorunluluk halinde<sup>34</sup> işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez. Dolayısıyla ağır, muhakkak ve yakın bir tehlikeyle karşı karşıya kaldığı hallerde hasta tedaviyi reddetse dahi yaşama hakkına üstünlük tanınarak tıbbi müdahalede bulunulması hukuka uygundur.

Bu sebeple, örneğin kan vermeye rıza gösterilebilirse de vericinin, yaşamını sonlandıracak ya da tehlikeye sokacak nitelikte bir organını bağışlamasına muvafakat etmesi hukuki sonuç doğurmaz<sup>35</sup>.

MK'nin 24. maddesi uyarınca da; kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her türlü saldırı hukuka aykırıdır. MK'nin ilgili hükmünü ceza hukuku açısından da geçerli kabul etmek gerekecektir. Zira hukuka aykırılık, "hukuk düzeniyle çatışma" anlamına gelmektedir ve özel hukukta da kamu hukukunda da tanım aynıdır. Dolayısıyla özel hukuka uygunluk nedeni – kamu hukukuna uygunluk nedeni şeklinde bir ayrıma gitmek de doğru değildir. Kaldı ki hukuka uygunluk nedenlerinde kıyas mümkündür. Dolayısıyla MK'nin 24. maddesinden hareketle tedaviyi red hakkı – üçüncü kişi lehine zorunluluk hali ilişkisinde "üstün nitelikli yarar" kıstasına başvurarak müdahaleyi yukarıda sayılan şartlarda hukuka uygun kabul etmek yerinde olacaktır.

---

sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir. Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılmaz." (HHYön, m. 25). Ayrıca bkz., Simeoli, D.: Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace, Giustizia civile, Y. 2008, S. 7-8, s. 1727 vd.; Taruffo, A.: Rifiuto di cure e doveri del medico, Rivista italiana diritto e procedura penale, Y. 2008, S. 1, s. 463 vd. (463-473); Wicks, E.: The right to refuse medical treatment under the european convention on human rights, Medical law reviews, 9, Spring 2001, s. 17 vd.; Frova, G./Santosuosso, A.: Situazioni di emergenza e pazienti incapaci, A cura di Amedeo Santosuosso, Il consenso informato, Milano 1996, s. 187 vd.; Yenerer Çakmut, Ö.: Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı, KKTC Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (2-3 Mart 2009 Girne/KKTC), Ankara 2010, s. 91.

<sup>33</sup> Bkz. ayrıntılı bilgi için "Umumi Hıfzısıhha Kanunu, 06.05.1930 tarih ve 1489 sayılı RG.

<sup>34</sup> "Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez". (TCK, m. 25/2).

<sup>35</sup> Erem, F.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Ankara 1985, s. 43 vd.



Türkiye' nin de taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesi' nin<sup>36</sup> 5. maddesi uyarınca “sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir”. Sözleşmenin 2. maddesi ise insanın menfaatlerinin toplumun menfaatlerinden üstün tutulması gerektiği yolundadır. Ancak yine aynı sözleşmenin 26. maddesi; “sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için kanunda belirtilen ve demokratik bir toplumda gerekli olan kısıtlamalar getirilebilir” diyerek bu hallerle sınırlı kalmak şartıyla kamusal yararın kişisel menfaatlardan üstün tutulabileceğine işaret eder. Nitekim kişinin kendi bedeni üzerinde sınırsız bir hakimiyeti yoktur. Kaldı ki bir insanın yaşamının, beden ve ruh bütünlüğünün korunmasında kamusal yararın yanı sıra üstün nitelikli kişisel yarar olduğu da aşikardır. Sözleşmenin 8. maddesi uyarınca; “acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir”.

Öğretide bazı yazarlar yaşama hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi' nde de teminat altına alınan üstün nitelikli bir hak olduğunu, ancak bu hakkın kişinin kendisine karşı değil başkalarına karşı korunduğunu ileri sürerek hastanın tedaviyi reddetme hakkının istisnasız mevcut olduğunu savunurlar<sup>37</sup>. Ancak madem zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedenidir, aksi yönde açık bir hukuki düzenleme yapılmış değil somut olayda zorunluluk hali koşullarının mevcut olması durumunda ya da kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması gerektirdiğinde hastanın tedaviyi red hakkının hukuki sonuç doğurmayacağını kabul etmek gerekecektir.

Öte yandan rıza, bireyin yaşamını tehlikeye sokan bir fiile ilişkinse geçerli olmaz ve fiilin hukuka uygun sayılmasını gerektirmez. Hukuk temel hakları kişilerin kendilerine rağmen ve gerektiğinde kendilerine karşı gelmek pahasına korumakla mükelleftir. Bu anlamda kişilerin kendi geleceklerini belirleme ve vücutları üzerinde tasarruf hakları olmakla beraber bu haklar sınırsız değildir. Elbette bu sınırlamalar somut olayda son derece dikkatli irdelenmeli ve genişletici yorumlardan kaçınılmalıdır.

---

<sup>36</sup> Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun; 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı RG.

<sup>37</sup> Wicks, E.: The right to refuse medical treatment under the european convention on human rights, Medical law review, 9, Spring 2001, s. 20 vd.

Kural olarak tutuklu ve hükümlülere de rızası olmadan tıbbi müdahalede bulunulamaz<sup>38</sup>. Ancak bu kişilerin rıza beyan edecek durumda olmamaları, örneğin bilinç kaybı yaşamaları veya hayati tehlikeye girmeleri durumunda zorunluluk halinin koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir<sup>39</sup>.

Görüldüğü üzere tıbbi müdahaleleri hukuka uygun kılan sebebin yalnızca hastanın rızası olacağını iddia etmek, hastanın veya bu mümkün olmadığı takdirde veli ya da vasisinin rızasının alınmadığı hayati durumlarda hukuka uygunluk sebebinin ne şekilde izah edileceğine cevap bulamamaktadır.

Diğer taraftan bu kuruma getirilen eleştirilerden biri de tıbbi müdahaleyi mağdurun rızasına dayandırmanın kurumun temeline aykırı olduğu, zira hastanın hekime bir suçun mağduru olmak için değil, tedavi edilmek için başvurduğu yolundadır<sup>40</sup>. Ancak hasta hekime her ne kadar tedavi edilmek için başvurduysa da, tedavinin içeriği ve olası riskleri konusunda bilgilendirilmediği sürece, rıza verdiğinden söz etmek doğru değildir. Gerçek bir rızadan bahsedebilmek için, öncelikle kişinin neye rıza gösterdiğini bilmesi gerekir. Şu halde hasta hekime başvurmakla sadece

<sup>38</sup> Feyzioğlu, M.: Açlık Grevi, AÜHFD, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 157 vd. Ayrıca bkz.; Feyzioğlu, M.: Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara 2008, s. 312 vd.

<sup>39</sup> Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun' un 82. maddesi uyarınca; "(1) Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

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

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

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

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

<sup>40</sup> Dönmezer/Erman, C II, s. 50.

hekime başvurmaya rıza göstermiştir, yoksa tedaviye değil. Bu noktada ise aydınlatma yükümlülüğü devreye girmektedir. Hasta bilgilendirildikten sonra tedaviye rıza gösterirse, ancak o zaman geçerli bir rızanın olduğunu kabul etmek gerekecektir.

### 3. Birden Fazla Hukuka Uygunluk Nedenini Kabul Eden Görüş

Doktrinde birden fazla hukuka uygunluk nedenini kabul eden görüşler kendi içlerinde de çeşitlilik arz etmektedir. Bu anlamda bazı yazarlar tıbbi müdahalelerde hakkın kullanılabilmesi için rızanın olması gerektiğini savunurken<sup>41</sup> bazıları tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan nedenin; hakkın icrası, rıza, endikasyonun (belirtinin) bulunması ve bu üç şart açısından kanun hükmünün yerine getirilmesi<sup>42</sup> hukuka uygunluk sebeplerinin birlikte gerçekleşmesi olduğunu iddia etmektedir<sup>43</sup>.

Yukarıdaki görüşlerden ikincisi, birden fazla hukuka uygunluk nedeninin bir arada bulunması gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak birden fazla hukuka uygunluk nedeninin bir arada bulunması hukuken mümkün değildir. Zira bir hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyeti halinde zaten fiil başından itibaren suç teşkil etmeyeceği içindir ki artık ikinci bir hukuka uygunluk nedeni değerlendirilemez. Çünkü o aşamada hukuken bir suç fiili söz konusu olmadığından, onu hukuka uygun hale getirecek bir neden de söz konusu olamaz.

Diğer taraftan endikasyon şartının ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesine; bunun ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi ve endikasyon olmaması halinde hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşıldığının kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle katılmıyoruz.

### 4. Görüşümüz

Bizce hekimin hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinden faydalanabilmesi, bir başka deyişle kanundan kaynaklanan bu hakkının doğabilmesi, kural olarak hastanın rızası hukuka uygunluk nedeninin mevcut

---

<sup>41</sup> Bayraktar, K.: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 111 vd.; Keyman, S.: Hekimin Cezai Sorumluluğu, <http://auhf.ankara.edu.tr>, yararlanma tarihi: 07.08.2008; Centel/Zafer/Çakmut, s. 337 vd.

<sup>42</sup> Kanun emrini yerine getirme, kamu görevlisinin (TCK md. 6/1-c) görevidir. Kanun, 24/1. maddede, “Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez” demektedir. Kanun hükmünün yerine getirmenin hukuka uygun sayılabilmesi için, hükmü yerine getiren kimsenin o hükmün muhatabı olması gerekmektedir. Zira hiç kimse, kendisine kanunla tanınmamış olan bir yetkiyi kullanamaz.

<sup>43</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s. 286 vd. Ayrıca bkz., Ekici Şahin, M.: Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s. 312 vd.

olmasına bağlıdır<sup>44</sup>. Hasta tedaviye izin vermedikçe hekimin müdahalede bulunmak yetki ve yükümlülüğü yoktur. Geçerli bir rızanın varlığı halinde ise müdahalede bulunan hekimin sorumluluktan kurtulması, hakkını mevzuata uygun bir şekilde kullanıyor olmasına bağlıdır<sup>45</sup>. Hakkını mevzuata uygun kullanan hekimin yapmış olduğu müdahale hakkın kullanılmasını, daha özel olarak tıp mesleğinin icrası hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla suç oluşturmayacaktır. Örneğin bir ortopedist uzmanlık alanına girmeyen bir beyin ameliyatını zorunluluk halinin şartları oluşmadığı müddetçe yapamaz<sup>46</sup>. Çünkü hekimin bu halde kanundan doğan bir hakkı bulunmamaktadır. Ya da aynı hekim mesleğin gerektirdiği dikkat ve özene, mesleğin kurallarına aykırı davranamaz. Mesleğin gereklerine aykırı davranan hekim, işlediği her fiilden sorumludur<sup>47</sup>. İşte bu sebeple hasta rıza

---

<sup>44</sup> D' Avack, L.: Sul consenso informato all' atto medico, Diritto famiglia, Y. 2008, S. 02, s. 759 vd.; Mantovani, F.: Il consenso informato: Pratiche consensuali, Rivista italiana di medicina legale, Y. 2000, S. 01, s. 9 vd.; Alpa, G.: La responsabilità medica, Responsabilità civile e previdenza, Y. 1999, S. 02, s. 315 vd.; Santosuosso, A.: Consenso informato, A cura di Gilberto Colbellini, Pino Donghi e Armando Masserenti, BibliOETICA, Torino 2006, s. 36 vd.

<sup>45</sup> Yargıtay bir kararında; "Kişinin hiçbir hakkı sınırsız değildir. Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayırık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getireci nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarla ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değerli olan bir rızadır. Hatta C. Musotto; daha ileri gitmekte ve "kişi, sosyal fonksiyonlarını önemli ölçüde aksatacak müdahalelere razı olmak yetkisine sahip değildir" demek suretiyle üçüncü bir şart öngörmektedir. Rızanın geçerli sayılabilmesi için ayrıca, tıp mesleğinin bu çeşit müdahalelere cevaz vermesi yani bu konuda bir müdahaleye hekimin hakkı olması gereklidir" şeklinde görüş bildirmiştir (4. HD., 7.3.1977, 6297/2541).

<sup>46</sup> Tababet ve Şuabatı Sanatlarını Tarzı İcrasına Dair Kanun, md. 3;"...tabip diplomasını ve fenni, cerrahi veya şuabatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaiki lazimeyi haiz olmıyan hiç bir kimse hiç bir ameliyei cerrahiye icra edemez", Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün md. 4; "...uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar ve uzmanlıkla ilgili tıbbi faaliyette bulunamazlar."

<sup>47</sup> Yargıtay bir kararında, ameliyat sonrası hastanın vücudunda gazlı bez unutan doktoru kusurlu bulmuştur (Yargıtay HGK., 2010/13-717 E., 2011/129 K.). Ayrıca bkz.; Yargıtay 13. HD., 2009/6365 E., 2010/59 K.; Yargıtay 13. HD., 1994/8557 E., 1994/2138 K.; Yargıtay 13. HD., 2002/2589 E., 2002/4560 K. Ayrıca bkz., Manna, A.: La responsabilità professionale in ambito sanitario: Profili di diritto penale, Rivista italiana di medicina legale, Y. 2007, S. 03, s.

gösterdikten sonraki aşamada tıp mesleğinin icrası, yani “hakkın kullanılması” hukuka uygunluk nedeni değerlendirilmelidir. Aynı çıkarım zorunluluk hali için de geçerlidir. Zira zorunluluk halinin mevcudiyeti halinde artık rızanın varlığı aranmayacak, ancak bu aşamadan sonra hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin şartlarının oluşup oluşmadığına bakılacak, oluşmaması halinde hekim fiilinden sorumlu olacaktır. Yani rıza veyahut zorunluluk hali<sup>48</sup> hukuka uygunluk nedeniyle hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni arasında birliktelik değil, ama bir öncelik sonralık ilişkisi vardır<sup>49</sup>.

Fail, hukuka uygunluk nedeninin varlığı noktasında kaçınılmaz hataya düşmüşse bu hatasından yararlanır (TCK., md. 30/3). Ancak hataya düşmekte taksirliyse, suçun taksirli şeklinden sorumluluğu devam eder. Öte yandan TCK’ nun 27. maddesi uyarınca hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde fail, suçun taksirli şekli varsa kasıtlı değil ancak taksirli olarak cezalandırılır. Örneğin zorunluluk halinde hekim

---

591 vd.; Mantovani, F.: La responsabilita del medico, Rivista italiana di medicina legale , Y. 1980, S. 1, s. 16 vd.

<sup>48</sup> Belirtmekte yarar vardır ki tıbbi vak’ada zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebinin koşulları mevcutsa, o anki şartlar dâhilinde bir uzman hekime başvurma olasılığı da yoksa müdahalede bulunan şahıs hekim olmasa ya da hekim olmakla birlikte o vak’aya ilişkin bir uzmanlığı bulunmasa dahi sırf bu nedenle herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır.

<sup>49</sup> Yargıtay da bir kararında aynı doğrultuda; “Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygulamaları kişinin yaşamını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır. İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ısrar hali asla durumu etkilemeyecektir. Çünkü rızanın ya da ısrar halinin varlığı halinde hekimin davranışının bütün sonuçlarının meşru sayılması, hukuka uygun addedilmesi düşünülemez. Davranışın ve illiyet bağının meşruluğu ancak kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir. Tababette de aynı kural geçerlidir. Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir deyimle şayet tıp ilmi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılamaz. Keza hekim, hastanın daha az önemdeki bir hukuki menfaatini tehlikeye ya da zarara sokarken, daha büyük değerdeki bir hukuki yararı ancak bu şekilde kurtarabiliyorsa hukuka aykırı davranışta bulunmamış olacaktır. Söz gelimi; anneyi kurtarmak amacıyla çocuğun düşürülmesi, sıhhatin korunması ve düzeltilmesine yönelik tedavi ve müdahaleler böylece hukuka uygun hale gelmektedir” şeklinde görüş bildirmiştir (Yargıtay 4. HD., 1976/6297 E., 1977/2541 K.).

olmayan kişinin yaptığı müdahale, yukarıda izah edilen kıstaslar izin verdiği ölçüde yaralama veya öldürme suçlarına vücut vermezken, olayda zorunluluk halinin unsurları yoksa fail, oluşa göre TCK' ndaki yaralama veya öldürme hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Hastanın genel olarak tıbbi müdahaleye aydınlatılmış ve geçerli bir rıza verebilmesi için gerekli olan bilgi miktarı ve niteliği konusunda öğretide tam bir görüş birliği yoktur. Doktrinde genellikle; hastanın en geniş ve kişiye özel riskler de dikkate alınmak suretiyle tam ve doğru olarak, anlayabileceği şekilde teşhis, tedavi süreci, alternatif yöntemler, beklenen olası risk ve külfetler ile faydalar hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır.

Bazı yazarlar makul doktor ölçütü ve somut risk ölçütünü benimsemek suretiyle söz konusu probleme çözüm getirmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, aynı tedaviyi uygulayan makul bütün diğer doktorların yapmasının beklendiği kadar hasta aydınlatılmalıdır. Fakat bu görüş taraftarları da kendi içinde ayrılmakta, bir kesim, makul doktor ölçütü yerine, makul doktorla özenli doktor arasındaki ayırmadan yola çıkarak makul özen ölçütünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda ise bilgilendirmenin sınırının ne olacağı sorusuyla karşılaşmakta, bu soru da “somut risk ölçütü” ile çözümlenmektedir. “Özenli hasta standardı” da denilen bu ölçüte göre hekim maddi risklere ilişkin asgari bilgileri açıkladıktan sonra hastasının ne kadar fazlasını bilmek istediğine bakar, buna göre bilgilendirmeyi derinleştirir<sup>50</sup>.

Tıbbi müdahalelerde bilgilendirmenin içeriğine yönelik açık bir hukuki düzenleme yapılması ve asgari unsurların belirlenmesi, uygulamada karşılaşılan sorunları çözmek adına yerinde olacaktır<sup>51</sup>.

Doktrinde hekimlerin, hastalarını, tedavi veya operasyonun ekonomik maliyeti ve bunların sigorta tarafından karşılanıp karşılanmayacağı gibi tıbbi müdahalenin mali yönü ile ilgili konularda da aydınlatması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>52</sup>.

Bizce, hekimden müdahalenin mali boyutunu bilmesi beklenemez. Bu unsur ne hekimlik mesleğinin görev tanımında yer almaktadır, ne de

---

<sup>50</sup> Yenisey, F.: Tedavi Açısından İlgilinin Rızası, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara), Ankara 2008, s. 872 vd.

<sup>51</sup> Jones, M. A.: Informed consent and other fairy stories, medical law review, 7, Summer 1999, s. 106 vd.

<sup>52</sup> Ozanoğlu, [http://auhf.ankara.edu.tr.](http://auhf.ankara.edu.tr;); Hakeri, Tıp Hukuku, s. 127.

bilgilendirilmiş rızada bulunması gereken zorunlu bir unsur olarak herhangi bir normatif düzenlemede bulunmaktadır.

Bir diğer özel durum ise tekrar müdahalede bulunulması gerekmesi halinde, hekimin aynı hastaya yönelik önceki hatalı uygulaması hakkında onu bilgilendirmesi gerekip gerekmediği noktasında kendisini göstermektedir. Bu konuda kanaatimiz, hekimin bilgilendirme yükümlülüğünün kendi hatalarını da kapsayacak ölçüye taşınmasının Anayasa' nın 38/5. maddesiyle teminat altına alınmış olan "kişinin kendisini suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlanamayacağı" ilkesine aykırı olacağı yolundadır.

Türk öğretisinde, üzerinde müdahale gerçekleştirilen kişinin bilgilendirme hakkından vazgeçebileceğini savunan yazarlar vardır. Bu görüşe göre, bilgilendirme bir hak olduğuna göre, hak sahibi, bu hakkı kullanmak istemeyebilir. Ancak vazgeçme yönündeki iradenin açık ve hekim tarafından anlaşılabilir olması gereklidir<sup>53</sup>.

Öte yandan insan üzerinde deney ve deneme suçlarında kanun koyucu rızayı, deneyi/denemeyi hukuka uygun kılan şartlardan biri olarak 90. maddede açıkça zikretmiştir. O halde rızanın alınmamasının sebebi gönüllünün/hastanın bilgilendirme hakkından vazgeçmesi dahi olsa, söz konusu suçlar oluşacaktır. Şu kadar ki istisnai hallerde zorunluluk halinin unsurları oluşmuşsa rıza alınmadan hasta insan üzerinde tedavi amaçlı deneme gerçekleştirilebilecektir. Örneğin hastasını tüm standart yöntemleri denemiş olmasına rağmen iyileştiremeyen bir hekim, hayati tehlikenin baş göstermesi halinde ilgilinin bilgilendirme hakkından vazgeçmesi üzerine onu bilgilendirmeksizin üzerinde son çare olarak deneysel bir yöntem deneyebilecektir. Ancak bu durumda dahi hekimin fiilini hukuka uygun kılan esas sebep, hastanın bilgilendirme hakkından vazgeçmesi değil, zorunluluk halinin koşullarının oluşmuş olmasıdır. Diğer yandan insanlar üzerinde gerçekleştirilen deneyler açısından rızanın alınmasına engel olabilecek bir zorunluluk halinin, somut olayda mevcut olabileceğini düşünmüyoruz.

Hekim, hastasının rızasını aldıktan sonra hakkını kullanırken sınırı aşar, gerekli mesleki özeni göstermemesi sebebiyle onun sağlığına zarar verirse, taksirli sorumluluğu doğar. Bu kapsamda hekimi, hastaya sadece doğrudan temasını içeren müdahalelerinden değil; hastaya, hastalığına ve şahsi

---

<sup>53</sup> Katoğlu, T.: Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, AÜHFİD, C. 55, S. 1, Ankara 2006, s. 177.; Erman, s. 116, 117; Yenerer Çakmut, Ö.: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 233.

özelliklerine uygun olmayan bir ilaç reçete etmek gibi, dolaylı olarak etki ettiği müdahalelerinden de sorumlu tutmak gerekmektedir<sup>54</sup>.

#### IV. SONUÇ

Hekimleri başta gelen görevi, mesleki kurallara azami ölçüde uymak kaydıyla insan sağlığına, hayatına, şahsiyetine özen ve saygı göstermektir. Söz konusu sınırlar içinde davranan hekimin hasta üzerindeki müdahalesi hukuka uygun olacağından herhangi bir suça vücut vermeyecektir.

Daha sağlıklı bir toplum için hekimler mesleklerini icra ederken yetkilerini hukuka uygun kullanmalı, hastalarsa haklarının ne olduğunun farkında olmalı ve söz konusu hakları hukuka uygun yollarla talep edebilmelidir.

Unutulmamalıdır ki bireysel sağlık toplumsal sağlığın habercisidir. Sağlıklı bireyler daha aydınlık bir gelecek, yarınına umutla bakan, çalışan, üreten bir toplum demektir.

---

<sup>54</sup> Jones, s. 105.



## KAYNAKÇA

- Albeggiani, F.: Profili problematici del consenso dell' avente diritto, Milano 1995.
- Alpa, G.: La responsabilità medica, Responsabilità civile e previdenza, Y. 1999, S. 02, s. 315-336.
- Antolisei, F.: Manuale di diritto penale, PG., Milano 2003.
- Artuk, M. E./Gökçen, A./Yenidünya, C.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- Barni, M.: Equilibrismi dialettici tra consenso limitato e dissenso esplicito vs. l'atto medico, Rivista italiana di medicina legale, Y. 2003, S. 2, s. 402-405.
- Bayraktar, K.: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- Benciolini, P.: La "medicina legale clinica", Rivista italiana di medicina legale, Y. 2005, S. 03, s. 451-459.
- Bengidal, S. M./Kekinkılıç, B./Kuvan, L./ Odabaşı, O./Bengidal, S.: Acil Servislerde Hekimin Adli Sorumluluğu, STED 2001, C. 10, S. 8, s. 301-305, <http://www.ttb.org.tr>.
- Bettioli, G./Mantovani, L. P.: Diritto penale, PG., Padova 1988.
- Bilancetti, M.: La Responsabilità Penale e Civile del Medico, Padova 2003.
- Callipari, N.: Manuale pratico sul consenso informato nella responsabilità medica, Roma 2009.
- Centel, N./Zafer, H./Çakmut, Ö.: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006.
- Cocco, G.: Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche savla vita (con qualche considerazione penalistica, Responsabilità civile e previdenza, Y. 2009, S. 03, s. 485-501.
- Colonnelli, A. E./Della Croce, F./Gentilomo, A.: Verso un modello sostenibile di consenso informato: l'esperienza dell'Ospedale Maggiore di Milano, Rivista italiana di medicina legale, Y. 2005, S. 03, s. 581-602.
- Coraggio, C.: Il consenso informato: Alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale, Giurisprudenza costituzionale, Y. 2008, S. 6, s. 4981-4994.
- Crespi, A.: La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto, Palermo 1955.
- Cupelli, C.: Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare), Cassazione penale, Y. 2008, S. 5, s. 1807-1831.
- Çakmut, Ö.: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi, İstanbul 2002.
- Çeker, M.: Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, [www.cu.edu.tr](http://www.cu.edu.tr).
- D' Avack, L.: Sul consenso informato all' atto medico, Diritto famiglia, Y. 2008, S. 02, s. 759-789.

- Demirbaş, T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- Doğan, C.: Hastanın Aydınlatılması ve Rızanın Alınması, KKTC Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (2-3 Mart 2009 Girne/KKTC), Ankara 2010, s. 111-219.
- Dönmezer, S./Erman, S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, GK., C. II, İstanbul 1997.
- Ekici Şahin, M.: Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012.
- Erem, F.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Ankara 1985.
- Erman, B.: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.
- Feyzioğlu, M.: Açlık Grevi, AÜHFD, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 157-169.
- Feyzioğlu, M.: Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara 2008, s. 311-321.
- Fiori, A./Marchetti, D.: Medicina legale della responsabilità medica, Milano 2009.
- Frazzini, M./Sgroi, M.: La responsabilità del medico, Matelica 2006.
- Frova, G./Santosuosso, A.: Situazioni di emergenza e pazienti incapaci, A cura di Amedeo Santosuosso, Il consenso informato, Milano 1996, s. 185-194.
- Gökcan, H. T.: Tıbbi Müdahale Nedeniyle Hekimin Ceza Sorumluluğu ile İlgili Yargıtay Uygulaması, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara 2008, s. 321-329.
- Gülan, A.: Tıp Hukuku Açısından Hasta ve Hekim Hakları, ANKEM Dergisi, 2006, 20 (Ek 2), s. 16-19, [www.ankemderneği.org.tr](http://www.ankemderneği.org.tr).
- Hafizoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Hafizoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2011.
- Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 127.
- Hancı, H.: Malpraktis, Ankara 2006.
- Heywood, R./Macaskill, A./Williams, K.: Informed consent in hospital practice: Health professionals' perspectives and legal reflections, Medical Law Review, 18, Spring 2010, s. 152-184.
- Hunt, G.: Notes on informed consent in health care, [www.freedomtocare.org](http://www.freedomtocare.org).
- Iadecola, G./Bona, M.: La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, Milano 2009.
- Iadecola, G.: Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico chirurgico, Cassazione penale, Y. 2003, S. 9, s. 2659-2668.

- Jones, M. A.: Informed consent and other fairy stories, medical law review, 7, Summer 1999, s. 103-134.
- Katoğlu, T.: Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, AÜHFD, C. 55, S. 1, Ankara 2006, s. 157-193.
- Keyman, S.: Hekimin Cezai Sorumluluğu, <http://auhf.ankara.edu.tr>.
- Koca, M.: Hekimin Taksirli Fiillerinden Doğan Cezai Sorumluluğu, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu' ndaki Düzenlemeler Sempozyumu (İstanbul 17.11.2006), no. 1, İstanbul 2007, s. 89-107.
- Kök, A. N.: Türk Ceza Adalet Sisteminde hekimlik Uygulamaları ile İlgili Maddelerin Tıbbi Etik Açısından Değerlendirilmesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu' ndaki Düzenlemeler Sempozyumu (İstanbul 17.11.2006), no. 1, İstanbul 2007, s. 79-89.
- Manning, J.: Informed consent to medical treatment: The common law and New Zealand' s code of patients' rights, Medical law review, 12, Summer 2004, s. 181-216.
- Mantovani, F.: Il consenso informato: Pratiche consensuali, Rivista italiana di medicina legale, Y. 2000, S. 01, s. 9-26.
- Marzano, F.: Trattamento sanitario in assenza del consenso del paziente: Rilevanza del mancato consenso o solo dell' esplicito dissenso? Cassazione penale, Y. 2007, S. 04, s. 1829-1847.
- Morrison, D.: A holistic approach to clinical and research decision-making: Lessons from the UK organ-retention scandals, Medical law review, 13, Spring 2005, s. 45-79.
- Nuhoğlu, A.: Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (28 Şubat-01 Mart 2008 Ankara), Ankara 2008, s. 34-69.
- Örnek Büken, N.: Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara 2008, s. 33-43.
- Öztürel, A.: Ötenazi, <http://auhf.ankara.edu.tr>.
- Santosuosso, A.: Consenso informato, A cura di Gilberto Colbellini, Pino Donghi e Armando Masserenti, BIBLIOTICA, Torino 2006, s. 36 vd.
- Simeoli, D.: Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace, Giustizia civile, Y. 2008, S. 7-8, s. 1727-1734.
- Skegg, P. D. G.: English medical law and "informed consent": an antipodean assessment and alternative, medical law review, 7, Summer 1999, s. 135-165.
- Soyaslan, D.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.

- Şenocak, Z.: Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Özel Sorunlar, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara), Ankara 2008, s. 241-255.
- Taruffo, A.: Rifiuto di cure e doveri del medico, Rivista italiana diritto e procedura penale, Y. 2008, S. 1, s. 463-473.
- Tezcan, D./Erdem, M. R./Önok, R. M.: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2008.
- Toroslu, N.: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2012.
- Toscano, G.: Informazione, consenso e responsabilità sanitaria, Milano 2006.
- Ünver, Y.: Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.
- Viganò, F.: Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente, Rivista italiana diritto e procedura penale, Y. 2004, S. 01, s. 140-192.
- Wicks, E.: The right to refuse medical treatment under the european convention on human rights, Medical law reviews, 9, Spring 2001, s. 17-40.
- Yenerer Çakmut, Ö.: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- Yenerer Çakmut, Ö.: Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı, KKTC Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (2-3 Mart 2009 Girne/KKTC), Ankara 2010, s. 41-93.
- Yenisey, F.: Tedavi Açısından İlgilinin Rızası, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara), Ankara 2008, s. 868-881.

*HAKEMLİ*

## VERGİ HUKUKU VE CEZA HUKUKU BAKIMINDAN “ZAMANAŞIMI” KAVRAMI ÜZERİNE BİR İNCELEME

*Eylem BAŞ\**

### I. GİRİŞ

İncelemenin konusu vergi hukuku ve ceza hukuku bakımından “zamanaşımı” kavramıdır. “Zaman” kavramı soyuttur ve doğal bir olayı, akışı ifade etmekle birlikte, aynı zamanda hukukun kendisine hukuki sonuçlar bağladığı bir olaydır. “Süre” kavramıysa soyut olan zamanın somut bir kesimini ifade eder. Zira süreler belirli olarak sınırlandırılan ve tespit edilebilen zaman dilimleridir. Zamanaşımı da bu anlamda bir süredir.<sup>1</sup>

“Zamanaşımı”nın kanunlarca belirlenen sürelerin geçmesi ve şartların gerçekleşmesiyle fiili durumun kanuni duruma çevrilerek devlet otoritesi tarafından korunması olarak tanımlanması mümkündür.<sup>2</sup> Zamanaşımına uğramama kavramı hiçbir şeyi unutmamayı, af ise her şeyi unutmayı önerir. Zamanaşımı kurumu bu iki uç düşüncenin tam ortasında yer alır ve “şayet zamanı geldiyse unutmak gerektiğini” savunur.<sup>3</sup>

Ceza hukukunda suçun işlenmesinden ya da hükmün kesinleşmesinden itibaren belli sürelerin geçmesi sonucunda devletin ceza ve infaz ilişkilerini devam ettirmesinde herhangi bir sosyal yarar kalmaz.<sup>4</sup> Geciken ceza,

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı

<sup>1</sup> ÇAĞAN, Nami, Vergi Hukukunda Süreler, Ankara 1975, s. 1-2.

<sup>2</sup> KOCAHANOĞLU, Osman Selim, Vergi Suçları Vergi Cezaları ve Kurtulma Yolları, İstanbul 1983, s. 437.

<sup>3</sup> TANER, Fahri Gökçen: Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008, s. 18.

<sup>4</sup> İÇEL, Kayıhan/AKINCI, Füsün Sokullu/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, s. 344.

cezadan ziyade bir gösteri halini alır.<sup>5</sup> Belli sürelerin geçmesinin ardından devletin cezalandırma yetkisinin kalkması halini zamanaşımı oluşturur.<sup>6</sup> Zamanaşımı, kamu hukukunun bir dalı olan vergi hukuku bakımından da önemli bir kurumdur. Vergi hukukunun kendine has prensiplere sahip olması, zamanaşımına değişik boyutlar kazandırmaktadır. Lehide ve aleyhindeki görüşlere karşın kamu yararı nedeniyle vergi hukukunda zamanaşımı düzenlenmiştir.

Vergi hukukunda vergilendirme sürecinin taşıdığı özellikler dikkate alınarak zamanaşımı bir taraftan vergiler bir taraftansa vergi cezaları olmak üzere iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Ancak her iki durum bakımından zamanaşımı süresi, zamanaşımını hesaplamaya yönelik sürenin başlangıcı gibi hususlarla ilgili vergiler ve cezalar bakımından farklı esaslar getirilmiştir.<sup>7</sup>

## II. VERGİ HUKUKUNDA “ZAMANAŞIMI” KAVRAMI

Vergi hukukunda zamanaşımı vergi idaresinin vergi alacağını tahakkuk ettirme ve tahsil edebilme yetkisini ortadan kaldıran bir nedendir. Zamanaşımı sürelerinin geçmesi halinde vergi alacağının esası bundan doğrudan etkilendiğinden, zamanaşımı süreleri yasa koyucu tarafından belirtilen diğer sürelerden farklı şekilde düzenlenmiştir.<sup>8</sup> 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda (VUK) yer alan sürelerle ilişkin genel hükümler zamanaşımına ilişkin süreler bakımından kural olarak uygulama alanı bulmaz. Vergi hukukundaki zamanaşımı süreleri, nitelikleri gereğince hak düşürücü sürelerdir<sup>9</sup> ve bunun nedenini vergi hukukunun bir kamu hukuku dalı olması oluşturur.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev. Sami Selçuk), Ankara 2010, s. 103.

<sup>6</sup> DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 622.

<sup>7</sup> KIZILOĞLU, Şükrü/ŞENYÜZ, Doğan/TAŞ, Metin/DÖNMEZ, Recai: Vergi Hukuku, Ankara 2006, s. 195.

<sup>8</sup> ÇAĞAN, s. 31.

<sup>9</sup> DEMİRCİ, Azmi, “Vergi Usul Kanunu’nda Düzenlenen Zamanaşımı Sürelerinin Yeni Türk Ceza Kanunu ile Uyumu”, Vergi Dünyası Dergisi, S. 297, Mayıs 2006, s. 29. “Zamanaşımı” kavramı ve “hak düşürücü süre” kavramı birbirinden farklıdır. Zira hak düşürücü süre, hakların kanun ya da sözleşme ile belirtilen süre içinde kullanılmaması sonucunda ortadan kalkmasını ifade etmekteyken; zamanaşımı, hakkın ya da alacağın kendisini değil, talep edilebilirliğini ortadan kaldırmaktadır. Bkz. OKTAR, Ateş, Vergi Hukuku, İstanbul 2008 s. 148; KIRBAŞ, Sadık, Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler, Kurumlar, Ankara 1984, s. 121.

<sup>10</sup> ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami: Vergi Hukuku, Ankara 2010, s. 113.

Vergi hukukunda zamanaşımının kabul edilmesindeki başlıca neden kamu yararadır.<sup>11</sup> Zamanaşımı kurumuyula devletin egemenlik gücünün sınırlandırılmasının, yurttaşların hukuk devletinin gereği olarak hukuk güvenliğine sahip olmasının ve idarenin hukuka bağlı olmasının sağlandığı da söylenmelidir.<sup>12</sup> Devletin vergiden doğan alacağını uzun bir süre sonra istemesi hem vergi idaresi hem de mükellef bakımından sorunlar yaratacak niteliktedir. Vergi idaresi kanıtlar bakımından güçlüklerle karşılaşabileceği gibi takip ve tahsil bakımından da bazı sorunlarla karşılaşabilir. Mükelleflerin de uzun bir süre boyunca belirsizlik içinde kalmaları ve bazı defterleri ve belgeleri saklamak yükümlülüğü altında olmaları sorunlara neden olabilir.<sup>13</sup> Zamanaşımının kabul edilmesinde vergi alacaklısının cezalandırılması yönünde bir amaç yoktur.<sup>14</sup> Zamanaşımı, vergi borcunun uzun süre askıda kalmasını önler ve böylelikle vergi idaresine alacaklarını takip etme bakımından daha dikkatli davranma yükümlülüğü yükler. Böylelikle hem kamu yararı hem de her bir kişinin yararı korunmuş olur. Zamanaşımının kamu yararı bakımından bir diğer etkisi de yargı organlarının yükünü hafifletmesidir.<sup>15</sup> Bu etki kamu hukukunda, özel hukuka oranla daha açık bir şekilde görülür.<sup>16</sup> Zira VUK m. 113/2'de zamanaşımın, mükellefin bu hususta bir müracaatı olup olmadığına bakılmaksızın hüküm ifade edeceği belirtilmiştir.<sup>17</sup>

Zamanaşımı kurumu bazen gizli ve sinsî bir af kurumu olarak nitelendirilerek eleştiriye uğramaktadır.<sup>18</sup> Ancak vergi afları çoğunlukla siyasi bir tercihin ürünüyken zamanaşımı hukuk sistemi içerisindeki yerinden dolayı kendiliğinden işlemektedir. Bu nedenle eleştirilmesi gereken zamanaşımı sürelerinin varlığı değil, bu süreler karşısında vergi idaresinin ya

---

<sup>11</sup> **EDİZDOĞAN**, Nihat/**TAŞ**, Metin/**ÇELİKKAYA**, Ali, Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Bursa 2007, s. 210.

<sup>12</sup> **KARAGÖZ**, Berkan, Vergi Hukukunda Zamanaşımı, İstanbul 2008, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 243.

<sup>13</sup> Örneğin devletin takip ve tahsili uzun süre gecikmiş olan vergileri izlemesinin gerektireceği giderler, yükümlülerin defter ve belgelerin uzun bir zaman dilimi içinde yitirilmesi olasılığı karşısında doğacak ispat zorlukları ve bu durumun yükümlülerin ticari güvenlikleri açısından sakıncalar doğurması gibi. Ancak zamanaşımı bahsedilen bu zorlukları ortadan kaldırır. Bkz.

**MUTLUER**, M. Kamil Vergi Genel Hukuku. İstanbul: 2006, s. 147.

<sup>14</sup> **KIRBAŞ**, s. 121; **ERGİNAY**, Akif, Vergi Hukuku, Ankara 1984, s.95.

<sup>15</sup> **ARSLAN**, Mehmet, Vergi Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2007, s. 26.

<sup>16</sup> **MUTLUER**, s. 146.

<sup>17</sup> Örneğin borçlar hukukunda zamanaşımı kavramı borçlu tarafından ileri sürülmesi gereken bir defî olduğundan yargı organlarının yükünü sadece ispat yükü bakımından kolaylaştıran ve hafifleten bir niteliğe sahiptir. Bkz. **ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN**, s. 132.

<sup>18</sup> **ANKARA TİCARET ODASI**, Gizli Af: Zamanaşımı Raporu, Ankara 2006, (<http://www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=355>)

da mahkemelerin etkin ve verimli şekilde çalışmaması olmalıdır.<sup>19</sup> Zira vergi hukukunda zamanaşımı süreleri devletin, vergi alacağını hızlı ve etkin şekilde elde etmesinde itici bir güçtür.<sup>20</sup>

Vergi hukukunda zamanaşımının kesilmesinde, kesilmenin meydana geldiği takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren yeni bir zamanaşımı süresi ortaya çıkar; durmaysa, durma sebebinin doğmasına kadar geçmiş olan sürenin de durma sebebinin ortadan kalkmasından sonra yeniden işleyecek olan süreye ilave edilmesiyle hesaplanır.<sup>21</sup>

Belirtilen yararlarına karşın zamanaşımı, borcunu düzenli bir şekilde ödeyen yükümlüler aleyhine adalet ve eşitlik ilkelerini zedeleyecek niteliktedir.<sup>22</sup> Yükümlüleri kaçakçılığa yöneltebileceği gibi vergi kayıplarına da yol açabilir.<sup>23</sup> Ancak kamu yararı düşüncesinin bir gereği olarak hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde bu kavrama yer verilmektedir.<sup>24</sup> Bu nedenle vergi hukukunda zamanaşımının faydalarının, zararlarına göre daha ağır bastığı söylenebilir.<sup>25</sup>

Vergi hukukunda alacaklı vergi idaresinin, vergi isteme yetkisini sınırlandıran tahakkuk (VUK m. 113 ve m. 114) ve tahsil zamanaşımı (6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) m. 102 ve m. 103) olmak üzere iki türlü zamanaşımı süresi vardır.<sup>26</sup> Ayrıca VUK m. 126'da düzeltme zamanaşımına yer verilmiştir.

#### A. TAHAKKUK ZAMANAŞIMI

Tahakkuk zamanaşımına<sup>27</sup> ilişkin olarak VUK m. 114/1'de vergi alacağının doğduğu<sup>28</sup> takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş

---

<sup>19</sup> KARAGÖZ, s. 2.

<sup>20</sup> ARSLAN, s. 106.

<sup>21</sup> KOCAHANOĞLU, s. 448.

<sup>22</sup> ULUATAM, Özhan/METHİBAY, Yaşar, Vergi Hukuku, Ankara 1999, s. 143.

<sup>23</sup> OKTAR, s. 147. Ayrıca kayıt dışı ekonominin yaygın olduğu ülkelerde de devletle herhangi bir vergisel ilişki kurmaksızın faaliyetlerine devam eden bir şirket zamanaşımı süresinin geçmesi sebebiyle ödüllendirilmiş olur ve bu şirketin faaliyetinin ve kazancının boyutlarının dahi tespitinde güçlükler yaşanabilir. Hem defter ve belge yokluğu, hem de kişinin servetinin ve bu serveti ne zaman ne şekilde elde ettiğinin tespitindeki güçlük vergi incelemesinin sağlıklı bir şekilde yapılmasını kısıtlar. Bkz. NAS, Adil "Vergi Hukukunda Tarh Zamanaşımı", AUHFD, C. 60, S. 2, Y. 2011, S. 311, 312.

<sup>24</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 132.

<sup>25</sup> NAS, s. 312.

<sup>26</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 132.

<sup>27</sup> VUK m. 113 ve m. 114'te düzenlenen zamanaşımına, yazında tahakkuk zamanaşımı, tebliğ zamanaşımı (bir verginin süresinde tarh edilmesine karşın tebliğ edilmemesi ve tahakkuk



yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergilerin zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Bu beş yıllık süre, aksine bir hüküm olmadığı takdirde kural olarak VUK kapsamındaki tüm vergiler için geçerlidir.<sup>29</sup> Örneğin 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu (VİVK) ile 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu (EVK) istisnai düzenlemelere yer vererek bu süreyi sonsuza dek uzatmıştır. Ancak niteliği ağır olmayan bazı vergi cezalarının kesilmesindeyse süre kısaltılmıştır.<sup>30</sup> EVK m. 40'ta vergi kaçakçılığını önlemek amacıyla bildirim dışı<sup>31</sup> kalan bina ve arazinin vergi ve cezalarında zamanaşımı, bu bina ve arazinin bildirim dışı bırakıldığından idarece öğrenildiği tarihi takip eden yılın başından itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Böylelikle bina ve arazi vergileri açısından zamanaşımının

---

zamanaşımının kullanılmamasının nedeninin ise tahakkukun tebliğden de sonra gelmesi olduğu yönünde bkz. **KIZILOĞLU/ŞENYÜZ/TAŞ/DÖNMEZ**, s. 196, 197.) tarh zamanaşımı (bkz. **KARAKOÇ**, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Ankara 2007, s. 315; **OKTAR**, s. 148.) veya vergilendirme zamanaşımı (bkz. **BAYRAKLI**, Hasan Hüseyin, Vergi Hukukunun Temel İlkeleri, Afyon 1997, s. 158, 159.) denildiği görülmektedir. Söz konusu maddelerde bu zamanaşımı türünün ne şekilde ifade edileceğine ilişkin herhangi bir açıklık yoktur. Ancak, mücbir sebebi hükme bağlayan VUK m. 15'te "tarh zamanaşımı" kavramına yer verilmiştir. Yine VUK m. 114'te "...tarh ve tebliğ edilmeyen..." ifadesine yer verildiğinden ve vergileme süreci içinde, tarh işleminin tebliğinden sonra verginin tahakkuk etmesinde artık idarenin herhangi bir mükellefiyeti olmadığından burada zamanaşımına yer verilmesinin esas nedeninin idarenin tebligat dâhil vergilendirme işlerini süresinde yaparak savsaklamaması olduğu da dikkate alındığında, bu zamanaşımının tarh zamanaşımı olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **MUTLUER**, s. 148, **NAS**, S. 313, 314.

<sup>28</sup> Vergi borcunun vergiyi doğuran olayla mı yoksa vergi borcunun veya vergi alacağının doğması için idari bir muamele olan tarh ve tebliğ işlemleriyle mi doğacağı hususunun tartışmalı olduğu yönünde bkz. **AKSOY**, Şerafettin, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, İstanbul 2010, s. 131.

<sup>29</sup> Zamanaşımı hesap döneminin, takvim yılı ve özel hesap dönemi olmasına göre değişiklik gösterebilir. Hesap dönemi takvim yılı olanlarda vergi alacağının doğduğu takvim yılının başından itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımı süresi dolmaktayken, özel hesap döneminde hesap döneminin kapandığı yılı izleyen yılın başından itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımı süresi dolar. Bkz. **NAS**, s. 314.

<sup>30</sup> **AKSOY**, s. 131; **BİLİCİ**, Nurettin, Vergi Hukuku, Ankara 2010, s. 112. VUK'ta vergi idaresi tarafından ya da ceza mahkemelerince hükmedilmesi öngörülen vergi cezalarının amacı, vergi kanunlarına aykırı davranan vergi mükellefleri ve diğer idare edilenler üzerinde caydırıcı etki sağlanarak, vergi alacağının zamanında ve olabildiğince en az kayıpla tahsilinin sağlanması olarak belirtilebilir. Bkz. **CANDAN**, Turgut, Vergi Suçları ve Cezaları, Ankara 2010, s. 80, 81.

<sup>31</sup> Kanun metninde yer alan "bildirim dışı" ifadesinden önce "beyan dışı" ifadesine yer verilmişti; "beyan edilmediğinin" ifadesiyse "bildirim dışı bırakıldığı" şeklinde 3.4.2002 kabul tarihli ve 4751 sayılı Vergi Usul Kanunu, Emlak Vergisi Kanunu ve Harçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile değiştirilmiş ve metne işlenmiştir. (RG. 9.4.2002, S. 24721)

işlememesi gibi bir durumla karşı karşıya kalınır.<sup>32</sup> Zira bina ve arazinin bildirim dışı kaldığını, idarenin öğrendiği tarihi ispatlamak görevi yükümlüye ait olacaktır ve bunun uygulamada gerçekleştirilebilmesi zordur. EVK m. 11 ve m. 21 gereğince dört yılda bir yenilenen değer takdiri dönemleri haricinde emlak vergisi her yılın birinci ayından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayılacağından ara yıllar bakımından da tahakkuk zamanaşımı söz konusu olmayacaktır. Yine 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu (MTVK) m. 9 bakımından da bu durum geçerlidir.<sup>33</sup> VİVK m. 20'de de vergi kaçakçılığının önlenmesi için verilen beyannamede gösterilmeyen mallar ile beyanname verilmeyen hallerde intikal eden malların idarece tespit edildiği hallerde doğacağı belirtilerek idarenin bilgisi dışında kalan mallar açısından zamanaşımının işlememesi sağlanmıştır.

### 1. Tahakkuk Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı

VUK m. 114/1'e göre tahakkuk zamanaşımı süresi vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından itibaren yani birinci gününden itibaren başlar.<sup>34</sup> VUK m. 19'da vergi alacağının, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın meydana gelmesi veya hukuki durumun tamamlanması ile doğacağı belirtilerek, vergi alacağının mükellef bakımından vergi borcunu teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu nedenle tarh ve tebliğ gibi usul işlemlerinin yapılmasının soyut vergi borcunun doğması bakımından etkili olmadıkları, yükümlülüğün vergiyi doğuran olayla birlikte ortaya çıktığı söylenebilir.<sup>35</sup> Vergiyi doğuran olay yükümlülerin vergi yasalarında gösterilen vergi konuları ile bir ilişki ve bağlılık kurmaları halinde ortaya çıkar.<sup>36</sup> Vergiyi doğuran olay her bir verginin özelliğine göre ilgili oldukları yasa da belirtilmiştir.<sup>37</sup> Her ne kadar tahakkuk zamanaşımı süresinin başlangıcı kural olarak vergiyi doğuran olaya bağlanmış olsa da

<sup>32</sup> KARAKOÇ, s. 421; ULUATAM/METHİBAY, s. 143.

<sup>33</sup> OKTAR, s. 155.

<sup>34</sup> Örneğin 2013 yılına ait gelir vergisinin zamanaşımına uğraması için 2014 takvim yılının 1 Ocak gününden 2018 takvim yılının 31 Aralık gününe kadar tarh ve tebliğ edilmemesi halinde zamanaşımı ile karşı karşıya kalınır.

<sup>35</sup> KIRBAŞ, s. 122.

<sup>36</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 134.

<sup>37</sup> Örneğin gelir üzerinden alınan vergilerde vergiyi doğuran olay gelirin elde edilmesidir ve bu durumda tahakkuk zamanaşımı süresi gelirin elde edildiği yılı izleyen takvim yılının birinci gününden itibaren başlar. Örneğin 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (KDV) m. 10'da belirtilen istisnalar haricinde yine bu hüküm gereğince vergiyi doğuran olay mal teslimi ve hizmetin yapılması olarak belirtildiğinden tahakkuk zamanaşımı mal tesliminin ya da hizmetin yapıldığı yılı izleyen yılın birinci gününden itibaren başlar.

bazı vergilerde kuralın uygulanmasına istisnalar yaratan durumlar vardır.<sup>38</sup> Ayrıca bazı cezalar açısından da istisnalar yaratılmıştır.<sup>39</sup>

GVK'ya göre kaynakta kesilerek tahsil edilen vergiler bakımından zamanaşımının başlangıcı hususu uygulamada tartışmaya neden olmaktadır. Sorunu, vergiyi doğuran olayın gelir vergisinin kaynakta kesildiği zaman mı yoksa gelirin sermaye şirketleri ve kooperatifler tarafından elde edildiği zaman mı meydana geleceği hususu oluşturur. Vergi idaresi burada ilk durumu kabul ettiğinden, zamanaşımı verginin kaynakta kesildiği yılı izleyen takvim yılının birinci gününden itibaren başlar. Danıştay ise zamanaşımına faaliyetin ilişkili bulunduğu yılın esas alınarak zamanaşımının hesaplanmasının gerektiği, zira verginin kaynakta kesilmesinin vergiyi doğuran olay olmayıp verginin tahsil edilme şekli olduğunu belirtmektedir.<sup>40</sup> 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m. 17/1-ç'de bir yıldan fazla süren tasfiyelerde tarh zamanaşımının, tasfiyenin sona erdiği dönemi izleyen yıldan itibaren başlayacağı düzenlenmiştir. EVK m. 40'ta bildirim dışı kalan bina ve arazinin vergi ve cezalarında zamanaşımı, bu bina ve arazinin bildirim dışı bırakıldığı idarece öğrenildiği tarihi takip eden yılın başından itibaren başlayacağı öngörülmüştür.

VİVK m. 20'de vergi yükümlülüğünün ölüm tarihinde başlamayıp, beyanname verilen durumlarda gösterilen mallar için beyanname tarihinde, gösterilmeyen mallar ve beyanname verilmeyen hallerdeyse intikal etmiş olan malların idarece öğrenildiği, terekenin yazılması, defter tutma veya resmi tasfiye durumlarında mahkeme tarafından bu işlemlerin tamamlandığı tarihte doğacağı belirtilmiştir. Veraset ve intikal vergisinde zamanaşımı maddede belirtilen durumların meydana geldiği yılı izleyen yılın ilk gününden itibaren başlar. Söz konusu durum her ne kadar vergi idaresinin çoğu zaman ölüm ve intikal olaylarından hemen haberdar olamaması, taşınmaz malların vergi kayıtlarında bulunmaması ve vergi tarhi için terekenin yazılması, defter tutma ve resmi tasfiye işlemlerinin tamamlanmasını beklemek zorunda olması gibi hususlar nedeniyle böyle bir düzenlemeye gidilmesini haklı gösterse de bu durum zamanaşımının kamu düzenini sağlaması amacıyla bağdaşmaz.<sup>41</sup> Örneğin VUK m. 114/4'te damga

---

<sup>38</sup> KARAKOÇ, s. 421.

<sup>39</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 134. Örneğin VUK m. 114/3'e göre şarta bağlı istisna veya muafiyet uygulamaları sonucu kısmen veya tamamen alınmayan vergilere ilişkin zamanaşımı süresinin, istisna veya muafiyet şartlarının ihlâl edildiği tarihi takip eden takvim yılı başından itibaren başlayacağı belirtilmiştir.

<sup>40</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 135.

<sup>41</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 135.

vergisinde bu vergiye tabi olup da vergi ve cezası zamanaşımına uğrayan evrakın hükmünden, tarh zamanaşımı süresi dolduktan sonra faydalandığı takdirde vergi alacağıının yeniden doğacağı belirtilmiştir.<sup>42</sup> Bu durumda yeni zamanaşımı süresi evrakın hükmünden yeniden yararlanılması tarihini izleyen takvim yılının birinci gününden itibaren başlar. Bu nedenle de örneğin bir pay senedine ilişkin damga vergisi zamanaşımına uğramışsa bu durumda pay senedinden yeniden yararlanıldığı tarihin saptanması gerekecektir.<sup>43</sup>

## 2. Tahakkuk Zamanaşımı Süresinin Kabul Edilmesinin Sonuçları

Tahakkuk zamanaşımı süresinin dolması sonucunda alacaklı vergi idaresi vergiyi tarh etme ve tebliğ etme yönündeki yetkisini kaybeder ve artık yükümlüye vergi ihbarnamesi ya da ödeme emri gönderemez.<sup>44</sup> Tahakkuk zamanaşımının ardından vergi idaresince yapılan tebligatlar hüküm ifade etmez. Şayet yükümlü zamanaşımı süresi dolmasına karşın rızası ile ödeme yapmak isterse bu mümkündür. Ayrıca verginin gerçek vergi miktarından düşük olarak tarh edildiği hallerde ikmalen vergi tarhi yapılabilmesi için zamanaşımı süresinin dolmamış olması gerekir.<sup>45</sup> VUK m. 138/2 gereğince tahakkuk zamanaşımı süresinin dolmasının ardından artık vergi incelemesi yapılamaz.<sup>46</sup> Vergi hukukunda sorumlular bakımından ayrı bir zamanaşımı süresi belirlenmediğinden yükümlü bakımından zamanaşımı süresinin dolduğu hallerde bu süre vergi sorumluları için de dolmuştur.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> Damga vergisindeki tarh zamanaşımı ile ilgili söz konusu düzenlemenin zamanaşımının yeniden başlaması olarak değil vergiyi doğuran olayın ikinci kez ortaya çıkması olarak değerlendirilmesi gerektiği, zira tekrar bu evraktan yararlanılması halinde eğer vergi oranları değişmişse yeniden yararlanılan tarihte geçerli olan verginin uygulanacağı veya vergiye tabi olmaktan çıkmışsa verginin tarh edilmeyeceği yönünde bkz. **NAS**, s. 318.

<sup>43</sup> **ARSLAN**, s. 135.

<sup>44</sup> Sürenin geçmesine karşın tarhiyat yapılması ve tebliğ edilmesi halinde sürenin geçmesiyle vergi alacağı ortadan kalkacağı için "borcum yoktur" iddiası ile işlemin iptal edilmesinin gerektiği ve bunun vergilendirme hatası olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **KIZILOĞLU/ŞENYÜZ/TAŞ/DÖNMEZ**, s. 196-198.

<sup>45</sup> **ULUATAM/METHİBAY**, s. 145.

<sup>46</sup> "...Verginin eksik tarh edilmesi nedeniyle ikmalen tarhiyata gidilebilmesi, usule aykırılık nedeniyle yargı kararıyla kaldırılan bir verginin yeniden tarh edilebilmesi zamanaşımı süresinin dolmamış olmasına bağlıdır. Zamanaşımı süresinin geçmesiyle artık vergi incelemesi de yapılamayacaktır..." AYM, 2006/124 E. 2009/146 K. 15.10.2009 T (RG. 08.01.2010, S. 27456)

<sup>47</sup> **ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN**, s. 136.

### 3. Tahakkuk Zamanaşımının İşlemesine Engel Oluşturan Durumlar

Zamanaşımı kurumu yükümlünün çıkarlarına hizmet ettiğinden, alacaklının da çıkarını korumak amacıyla zamanaşımı süresinin işlemesini durduran ve kesen nedenler öngörülmüştür.<sup>48</sup> Zamanaşımı alacaklının alacağını izleme hususunda gösterdiği ihmalin bir sonucudur. Alacaklının alacağını izlemek amacıyla bazı işlemler yapması ya da alacağını izlemesi bazı hallerin gerçekleşmiş olması nedeniyle olanak dışıysa belirtilen sürelerin geçmesi alacağın zamanaşımına uğramasına engel olur.<sup>49</sup> Alacaklının alacağını izleme olanağının olmaması ya da bunun çok zor olması halinde zamanaşımı süresi durur ve bu engel durumun ortadan kalkmasıyla kaldığı yerden işlemeye devam eder. Zamanaşımın durması fiili ya da hukuki zorunluluklar nedeniyle kabul edilmiştir.<sup>50</sup> Zamanaşımının durması alacaklı lehine getirilen bir durumdur ve durduran bu sebebe karşın alacaklı yükümlüyü izleyebilir ve bu durumda yükümlü zamanaşımının durduğu savını ileri sürerek takibi geciktiremez.<sup>51</sup>

VUK m. 114/2'de<sup>52</sup> vergi dairesince matrah takdiri için<sup>53</sup> takdir komisyonuna başvurulmasının, zamanaşımını durduracağı belirtilmiştir.<sup>54</sup>

<sup>48</sup> OKTAR, s. 151.

<sup>49</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 136.

<sup>50</sup> MUTLUER, s. 151.

<sup>51</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 136.

<sup>52</sup> VUK m. 114/2, anayasaya aykırılık iddiasıyla AYM'nin önüne gelmeden evvel "Şu kadar ki, vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması zamanaşımını durdurur. Duran zamanaşımı mezkûr komisyon kararının vergi dairesine tevdiini takip eden günden itibaren işlemeye devam eder." şeklindeydi. Ancak AYM bu hükmü zamanaşımının durmasının süreyle sınırlandırılmaması ve vergi mükellefleri yönünden uygulamada keyfiliğe, haksızlığa, eşitsizliğe yol açacak sonuçlar doğurabilecek nitelikte olduğundan Ay. m. 2'ye aykırı bularak iptal etmiştir. Bkz. AYM, 2006/124 E. 2009/146 K. 15.10.2009 T. (RG. 08.01.2010, S. 27456) Bu iptal kararı üzerine yasa koyucu çıkardığı 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla VUK m. 114'te değişiklik yaparak matrah takdiri için takdir komisyonlarına yapılacak başvuru sonuçlarının her hal ve takdirde bir yıldan fazla olamayacağını öngörmüştür. Bkz. 23.7.2010 kabul tarihli, 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 1.8.2010 S. 27659)

<sup>53</sup> "...VUK m. 114 gereğince zamanaşımının durması için, takdir komisyonlarına yapılan başvuruların matrah takdiri için yapılması gerekir. Emsal bedeli tayini, kıymet takdiri gibi nedenlerle takdir komisyonunu başvuruda bulunulması, matrah takdiri olmayacağından zamanaşımını durdurmaz. Ayrıca tarhiyat öncesi uzlaşmaya gidilmesi halinde de zamanaşımı durmaz..." Bkz. Danıştay 3. D. 1997/3709 E. 1999/1188 K. 25.3.1999 T.

<sup>54</sup> Örneğin vergi dairesinin 1980 yılında gerçekleşen vergi kaçırma olayını 1985 yılı Kasım ayında tespit etmesi ve mükellefin dönem matrahının tespiti için takdir komisyonuna

Duran zamanaşımı takdir komisyonu kararının vergi dairesine gelmesini takip eden günden itibaren kaldığı yerden işlemeye devam eder. Ancak işlemeyen süre her hâl ve takdirde bir yıldan fazla olamaz. Ancak zamanaşımının durduğundan bahsedilebilmesi için vergi dairesinin başvurmuş olduğu takdir komisyonunun yetkili olması ve usulüne uygun bir şekilde kurulması gereklidir.<sup>55</sup> Bu düzenleme yalnızca VUK' m. 374'ün ilk bendinde yer alan beş yıllık süreyle ilgilidir. Yani genel usulsüzlük cezaları bakımından durdurucu etkiye sahip değildir. Yine vergi ziyana bağlı olmayan özel usulsüzlük cezaları bakımından da bu beş yıllık zamanaşımı süresi geçerli değildir.<sup>56</sup> VUK m. 377/2'de vergi dairesinin, takdir komisyonlarınca matrah takdir edilmemesi ya da eksik matrah takdir edilmesi halinde, matrah takdiri için vergi mahkemesinde dava açabileceği belirtilmiştir. Vergi dairesinin dava yoluna başvurduğu hallerde çoğu zaman tahakkuk zamanaşımı süresi yargı organlarının kararı vergi dairesine gelmeden önce dolar ve vergi yargısı organlarında kararın incelenmesi süresince geçen sürenin zamanaşımını durduracağını öngören pozitif bir hukuk düzenlemesi yoktur.<sup>57</sup> Ancak Danıştay vergi dairelerince matrah takdiri için vergi yargısına başvurulmasını zamanaşımını durduran bir sebep olarak kabul etmektedir.<sup>58</sup> Böylelikle vergi yargısı organlarında geçen süre takdir komisyonunda geçen süre olarak kabul edilerek bu süre içinde zamanaşımı durmuş olarak kabul edilmektedir. Danıştay'ın söz konusu kararı her ne kadar olması gereken hukuk açısından doğru kabul edilebilirse de (zira burada vergi idaresi takdir komisyonu kararına karşı vergi yargısı organlarına başvurarak alacağını izleme hususunda herhangi bir ihmal göstermemektedir), pozitif hukukta buna ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur ve zamanaşımının durması ve kesilmesi halleri ancak yasaların açık hükümleri gereğince mümkün olabileceğinden ve verginin yasallığı ilkesi gereğince<sup>59</sup> Danıştay'ın kararı yönünde yasa değişikliğine gidilmesi doğru olacaktır.<sup>60</sup>

---

başvurmasında olayın komisyona sevk tarihi 27.11.1985 olarak belirlendiği düşünülürse, burada zamanaşımı süresinin dolmasına 33 gün kala dosya takdir komisyonuna sevk edilmiştir ve zamanaşımı durmuştur. Takdir komisyonuysa kararını vergi dairesine 15.5.1986 yılında tebliğ ettiğinde idarenin komisyon kararına göre düzenlediği tarhiyat işlemini 33 gün kala yani 18 Haziran'a kadar mükellefe tebliğ etmesi gerekir. Aksi halde zamanaşımına uğrar. Bkz. **KOCAHANOĞLU**, s. 439, 440.

<sup>55</sup> **ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN**, s. 136.

<sup>56</sup> **CANDAN**, s. 462.

<sup>57</sup> **MUTLUER**, s. 152.

<sup>58</sup> Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 1969/6 E. 1979/12 K. 8.3.1979 T. (www.kazanci.com)

<sup>59</sup> **NAS**, s. 328.

<sup>60</sup> **ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN**, s. 137.

Yapılan vergi tarhının usule aykırı olduğunun vergi yargısı organlarınca saptanması halinde yargı organlarında geçen süre içinde zamanaşımının duracağı ya da kesileceği hususunda herhangi bir yasal düzenleme yoktur. Şayet vergi yargısı organlarınca yanlışlık saptanmış ve bu karar uyarınca vergi idaresi yeniden vergi tarh etmek istediği halde zamanaşımı dolmuşsa bu durumda vergi tarhi yapılamaz. Söz konusu sakıncalı durumun ortadan kaldırılması için yükümlülerin re'sen ve ikmalen tarh edilen vergiler aleyhine dava açmaları halinde yargı organlarında geçen süre içinde zamanaşımının durmasına ilişkin yasal bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.<sup>61</sup> Tahakkuk zamanaşımını süresinin son gününün resmi tatile denk gelmesi halinde takip eden ilk iş gününde biteceği yönündeki VUK m.18/4'teki kural zamanaşımına uygulanmaz ve süre uzamaz.<sup>62</sup>

Zamanaşımının kesilmesi halinde, kesme nedeninin meydana geldiği ana kadar geçen süreler artık hesaba katılmaz ve zamanaşımını kesen nedenin ortadan kalkmasıyla süre baştan itibaren tekrar işlemeye başlar.<sup>63</sup> Zamanaşımını durduran ve kesen nedenler de zamanaşımında olduğu gibi yargı organlarınca re'sen dikkate alınmalıdır.<sup>64</sup> Şayet bu nedenlerin meydana gelip gelmediği hususunda bir uyuşmazlık varsa bu durumda ispat yükü bu durumdan yararlanacak olan vergi alacaklısı olan idare olmalıdır.<sup>65</sup> VUK'ta tahakkuk zamanaşımının kesilmesine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.<sup>66</sup> Ancak VUK m. 374/3'te vergi cezaları açısından ceza ihbarnamesi tebliğ edilmesinin zamanaşımını keseceği belirtilmiştir.<sup>67</sup>

<sup>61</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 138.

<sup>62</sup> KANETİ, Selim, Vergi Hukuku, İstanbul 1989, s. 147.

<sup>63</sup> ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 1001.

<sup>64</sup> Örneğin 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 140'ta zamanaşımının yargıç tarafından resen dikkate alınmayacağı ve bu durumun buna dayanan borçlu tarafından defî olarak ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Zamanaşımına uğrayan borç tabii borç olarak varlığını devam ettirir ve 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 62 gereğince şayet borç zamanaşımına uğramış olmasına karşın rıza ile yerine getirilmişse ödeme geçerlidir ve sonradan geri istenemez. Söz konusu hal 11.1.2011 kabul tarihli 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 161'de ve m. 82'de de korunmuştur (Bkz. RG. 4.2.201, S. 27836). AATUHK m. 58/1 uyarınca yükümlüler kendilerine tebliğ edilen ödeme emirlerine karşı açtıkları bir davada örneğin yükümlü böyle bir borcunun bulunmadığı gerekçesiyle dava açmışsa, dava sırasında zamanaşımının varlığını gören vergi mahkemesi bunu re'sen dikkate alır. Zira AATUHK m. 58/1'de ödeme emirlerine karşı açılan davalar bakımından VUK hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden zamanaşımı öne sürülmemiş olsa dahi bu yargı organlarınca re'sen dikkate alınmalıdır. Benzer yönde bkz. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 143.

<sup>65</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 136

<sup>66</sup> Bu kuralın istisnasının, VUK m. 114'te damga vergisi ile ilgili yapılan düzenleme olduğu belirtilmiştir. Bkz. NAS, s. 326.

<sup>67</sup> Burada kesilme ile ifade edilmek istenenin ceza kesmede zamanaşımı süresinin baştan başlaması değil, cezanın kesilerek mükellefe ceza ihbarnamesinin tebliğ edilmesinden sonra

Böylelikle ceza kesmede tarh zamanaşımı kesilir ve tahsil zamanaşımı işlemeye başlar.<sup>68</sup>

## **B. TAHSİL ZAMANAŞIMI**

Tahsil zamanaşımına bir kamu alacağı olan vergiler<sup>69</sup> ve diğer tüm kamu alacakları bakımından geçerli olmak üzere AATUHK'da yer verilmiştir. AATUHK m. 102'ye göre amme alacağı, vadesinin<sup>70</sup> rastladığı takvim yılını takip eden yıl başından itibaren beş yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrayacağı ve para cezalarına ait hususi kanunlardaki zamanaşımı hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ve diğer para cezası içeren hükümlerde yer alan para cezaları bakımından bu hüküm uygulanmayacaktır.<sup>71</sup> Yine aynı maddeye göre zamanaşımından sonra mükellefin rızaen yapacağı ödemeler kabul edilecektir.

### **1. Tahsil Zamanaşımının Başlangıcı**

Vergilerin ödeme süreleri vergi yasalarında tek tek belirtilmiş ve özel durumlar bakımından ayrı süreler saptanmıştır. AATUHK'da tahsil zamanaşımının işlemeye başlaması açısından vade tarihinin esas alınmayıp, vade tarihini izleyen takvim yılının esas alınmasının nedenini vergi idaresinin bütün yükümlülerin tabi oldukları zamanaşımını ayrı ayrı incelemesinden kurtarılacak daha kolay bir şekilde çalışmasının sağlanması oluşturur.<sup>72</sup>

### **2. Tahsil Zamanaşımının Sonuçları**

Tahsil zamanaşımı süresi dolduktan sonra alacaklı kamu idaresinin vergiyi, tahsil etme yetkisi artık kalkar.<sup>73</sup>

### **3. Tahsil Zamanaşımının Durduran ve Kesen Nedenler**

Tahsil zamanaşımını durduran nedenlere AATUHK m.104'te, kesen nedenlere ise m. 103'te yer verilmiştir.<sup>74</sup> AATUHK m. 104'te borçlunun

---

artık ceza kesmede zamanaşımın söz konusu olmamasıdır. Burada ceza ihbarnamesinin tebliğ edilmesi tarh edilen verginin vergi ihbarnamesiyle tebliğine benzetilebilir. Her iki halde de alacak artık ödenmesi gereken aşamaya gelmiştir. Bkz. **KARAKOÇ**, s. 327, 328.

<sup>68</sup> **ARSLAN**, s. 187.

<sup>69</sup> **KIZILOĞ/ŞENYÜZ/TAŞ/DÖNMEZ**, s. 198.

<sup>70</sup> VUK m. 11/2'de, ödeme süresinin son günü, verginin vadesi olarak belirtilmiştir.

<sup>71</sup> **OKTAR**, s. 151.

<sup>72</sup> **ÇAĞAN**, s. 125. Örneğin 30.4.2008 vade tarihli kurumlar vergisi için tahsil zamanaşımı süresi 1.1.2009 tarihinden itibaren işlemeye başlar ve tahsil işleminin yapılmaması halinde bu vergi 31.12.2013 günü bitiminde zamanaşımına uğrar. Bkz. **OKTAR**, s. 151.

<sup>73</sup> **BAYRAKLI**, Vergi Hukukunun, s. 161.



yabancı memlekette bulunması, hileli iflas etmesi veya terekesinin tasfiyesi nedeniyle hakkında takibat yapılmasına imkân yoksa bu hallerin devamı süresince zamanaşımının işlemeyeceği, bu sebeplerin ortadan kalması halinde sürenin kaldığı yerden işlemeye devam edeceği belirtilmiştir. Zamanaşımını durduran nedenlerin varlığı halinde vergi borcu artık tahsil edilebilir bir duruma gelmiştir. Ancak bu durumda vergi borcunun takibi çok zordur ya da olanaksızdır. Bu yüzden söz konusu nedenlerin varlığı süresince zamanaşımı işlemez.<sup>75</sup>

Zamanaşımını kesen nedenler AATUHK m. 103'te ödeme,<sup>76</sup> haciz uygulaması, cebren tahsil ve takip işlemleri sonucunda yapılan her çeşit tahsilât, ödeme emrinin tebliğ edilmesi, mal bildirimi, mal edinme ve mal artmalarının bildirilmesi, işlemlerinden her hangi birinin kefile veya yabancı şahıs ve kurumlar mümessillerine uygulanması veya bunlar tarafından yapılması, ihtilafli amme alacaklarında yargı organlarınca bozma kararı verilmesi,<sup>77</sup> kamu alacağının teminata bağlanması, yargı organlarınca yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi, iki kamu idaresi arasında mevcut bir borç için alacaklı kamu idaresi tarafından borçlu kamu idaresine borcun ödenmesi için yazı ile müracaat edilmesi ve amme alacağının özel kanunlara göre ödenmek üzere başvuruda bulunulması ve/veya ödeme planına bağlanması olarak belirtilmiştir.

AATUHK, kamu alacağının tecilini her ne kadar zamanaşımını kesen sebepler içinde değerlendirmese de kamu alacağının tecili bakımından teminat yatırılması, AATUHK m. 48/1 uyarınca gerektiğinden ve bu durumda teminat nedeniyle zamanaşımı kesileceğinden zamanaşımı, tecil zamanaşımı tarafından dolaylı olarak kesilir.<sup>78</sup>

AATUHK m. 103/2'de kesilmenin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren zamanaşımının yeniden işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Zamanaşımının bir bozma kararıyla kesilmesi halinde başlangıcı, yeni vade gününün rastladığı; kamu alacağının teminata bağlanması veya yürütmenin yargı organlarınca durdurulması hallerinde

---

<sup>74</sup> Maddede belirtilen nedenler sınırlı ve sayılı olduğundan bunların kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Bkz. **GERÇEK**, Adnan, Türk Vergi Hukukunda Tahsilât İşlemi ve Etkinliği, Bursa 2003, s. 110.

<sup>75</sup> **ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN**, s. 139.

<sup>76</sup> AATUHK m. 40 ila m. 44'e uygun olarak yapılan ödemeler tahsil zamanaşımını keser. Bkz. **ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN**, s. 139

<sup>77</sup> Bu halde bozma kararı yükümlü veya vekiline tebliğ edildiği tarihte zamanaşımı kesilir. Bkz. **ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN**, s. 140

<sup>78</sup> **ULUATAM/METHİBAY**, s. 145.

teminatın kalktığı veya yürütmenin sona erdiği tarihin rastladığı takvim yılını takip eden yılın ilk gününden itibaren işlemeye başlar.

### C. DÜZELTME ZAMANAŞIMI

VUK'ta vergide istikrar ilkesinin sağlanabilmesi için düzeltme işlemleri bakımından da zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Her ne kadar VUK'ta kullanılan ifade "zamanaşımı" olsa da bu sürenin aslında hak düşürücü nitelikte olduğu belirtilmiştir.<sup>79</sup> VUK m. 126'da tahakkuk zamanaşımına atıf yapılarak bu zamanaşımı süresi dolduktan sonra meydana çıkartılan vergi hatalarının düzeltilemeyeceği öngörülmüştür. Yine düzeltme zamanaşımının başlangıcı bakımından da vergiyi doğuran olay ve onu izleyen takvim yılı başı esas alınmaktadır.

Beş yıllık düzeltme zamanaşımı süresi<sup>80</sup> içinde kalmak koşuluyla hem yükümlünün başvuru yoluyla düzeltme isteminde bulunması hem de vergi dairesince re'sen düzeltme yoluna gidilmesi mümkündür.<sup>81</sup> Bu sürenin dolması halinde hatalı işlem sonucunda lehine bir durumun doğduğu yükümlü ya da vergi idaresi için kazanılmış bir hakkın varlığı ortaya çıkar. VUK m. 126/a, b ve c'de bu iki özel durum bakımından tamamlayıcı süre öngörerek, zamanaşımı süresinin bu sürenin son yılı içinde tarh ve tebliğ edilen vergilerde hatanın yapıldığı; ilan yoluyla tebliğ edilip dava konusu olmaksızın tahakkuk edilen vergilerde ödeme emrinin tebliğ edildiği; ihbarname ve ödeme emrinin ilan yoluyla tebliğ edildiği vergilerde, AATUHK'ya göre haczin yapıldığı tarihten itibaren başlayarak, bir yıldan az olamayacağı belirtilmiştir. Düzeltme zamanaşımı, gerektiğinde bazı özel durumlar bakımından altı ay daha uzayabileceğinden,<sup>82</sup> vergi hatalarında düzeltme zamanaşımı süresi 6 yıla kadar uzayabilmektedir.<sup>83</sup>

### III. VERGİ HUKUKUNDA ZAMANAŞIMI HÜKÜMLERİNİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Vergi yasalarında yer alan zamanaşımı sürelerinin zaman bakımından uygulanmasında, hukukun tüm kollarında yasaların açık hükümleriyle getirilen istisnalar saklı kalmak kaydıyla yeni yasa hükümlerinin eski yasa zamanında tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş işlemlere uygulanamayacağı kabul edildiğinden, vergi hukuku bakımından da bu

<sup>79</sup> ARSLAN, s. 154.

<sup>80</sup> Danıştay 7. D. 1995/7184 E. 1997/1046 K. 12.3.1997 T. (www.kazanci.com)

<sup>81</sup> ÇAĞAN, s. 59.

<sup>82</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 183.

<sup>83</sup> NAS, s. 322.

durum geçerlidir. Vergiyi doğuran olayların eski yasa döneminde meydana geldiği hallerde, yeni zamanaşımına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulup bulamayacağına bakılmasında yarar vardır. Örneğin 7.6.1949 tarihli 5432 sayılı VUK m. 104'te zamanaşımı süresi genel olarak üç yıl; kaçakçılık halindeyse beş yıl olarak kabul edilmişti.<sup>84</sup> 1.1.1961'de yürürlüğe giren VUK ise zamanaşımı süresini beş yıl olarak saptamıştır. Bu durumda örneğin 1959 yılında vergiyi doğuran olayın meydana geldiği bir olayda bu vergi bakımından tahakkuk zamanaşımı süresi yürürlüğe giren 213 sayılı VUK'a göre belirlenecektir. Ancak 5432 sayılı VUK hükümleri uygulansaydı; bu durumda vergi borcu 1962 yılı sonunda, 213 sayılı VUK uygulandığında ise 1964 yılında zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak 213 sayılı VUK'un yürürlüğe girdiği 1961 yılında eski yasaya göre zamanaşımı süresi henüz dolmamıştır ve yeni yasa hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Zira yükümlü için henüz kazanılmış bir hak yoktur. Şayet vergiyi doğuran olay, verilen örnekte olduğu gibi 1959 değil de 1957 yılında meydana gelmiş olsaydı bu durumda yeni yasa yürürlüğe girmeden evvel 1960 yılı sonunda zamanaşımı süresi tamamlanmış olacaktı ve bu durum kazanılmış hak sayılarak zamanaşımı süresi yeni yasa hükümlerine göre uzamayacaktı. Aksinin kabulü halinde hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmayan gerçek geriye yürüme ile karşı karşıya kalırdı.<sup>85</sup>

#### **IV. CEZA HUKUKU BAKIMINDAN “ZAMANAŞIMI” KAVRAMI VE HEM CEZA HUKUKU BAKIMINDAN HEM DE VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN ZAMANAŞIMI SÜRELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Vergi hukukunda zamanaşımının yargı organlarınca re'sen dikkate alınması nedeniyle, doktrinde zamanaşımının özel hukuktan farklı olarak vergi alacağını ortadan kaldıran bir neden olduğu belirtilmektedir.<sup>86</sup> AATUHK m. 102/2'de zamanaşımından sonra mükellefin rızaen yapacağı

<sup>84</sup> RG. 15.6.1949, S. 7233.

<sup>85</sup> Örneğin 213 sayılı VUK'ta damga vergisine tabi olan vergi ve cezası zamanaşımına uğrayan evrakın hükmünden tarh zamanaşımı süresi dolduktan sonra faydalanıldığı takdirde bu evraka ait vergi alacağını yeniden doğacağını belirten m. 114/4 hükmü eski yasada bulunmadığı için, Danıştay bu hükmün 213 sayılı VUK yürürlüğe girdikten sonra tarh edilen vergilere ve eski yasadaki üç yıllık zamanaşımı süresini eski yasanın yürürlük süresi içinde henüz doldurmamış olan vergilere uygulanabileceğini belirtmiştir. Bu durum vergi yasalarının yürürlüğe girdikten sonra etkilerini göstermelerinin ve gerçek olmayan geçmişe yürümenin geçerli sayılmasının bir sonucu olarak görülebilir. Bkz. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 142.

<sup>86</sup> GERÇEK, Türk Vergi Hukukunda, s. 110. Vergi hukukundaki zamanaşımı kuralını özel hukuktaki zamanaşımı kuralına benzetenler de bulunmaktadır. Bkz. AKSOY, s. 128.

ödemelerin kabul edileceği düzenlendiğinden, zamanaşımına uğrayan bir vergi borcunun sona ermediği ve özel hukuktaki tabii borç olarak devam ettiği görülmektedir.<sup>87</sup> Söz konusu durumun iki tür zamanaşımı bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesinde fayda vardır. 1950 tarihinde 5432 sayılı VUK m. 103/3'te zamanaşımından sonra yükümlünün yapacağı ödemelerin kabul edilmeyeceği belirtilmişti. Bu hüküm tahsil zamanaşımı bakımından da uygulama alanı bulmaktaydı. 1954 yılında yürürlüğe giren 6183 sayılı AATUHK m. 102/2'de ise zamanaşımından sonra yükümlünün rızaen yapacağı ödemelerin kabul edileceği belirterek 5432 sayılı VUK m. 103/3'ü m.116/b.12 uyarınca kaldırmıştır. 1961 tarihinde yürürlüğe giren 213 sayılı VUK'ta ise buna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. AATUHK'da yer alan hükmün tahakkuk zamanaşımı bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı hususunda, uygulanamayacağı yönünde bir görüş bulunsa da yasa koyucunun 5432 sayılı VUK'ta açıkça bu hususu düzenlemesine karşın daha sonra bu hükme yer vermemesi nedeniyle AATUHK'nın ilgili hükmünün tahakkuk zamanaşımı bakımından da uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Uygulamada da bu ikinci görüş ağırlıktadır. Yani yükümlü tahakkuk zamanaşımına uğrayan bir vergi borcunu kendiliğinden ödemek istediği takdirde vergi tarh ve tahsil edilerek tahakkuk fişine “*yükümlünün rızası ile tahakkuku verilmiştir*” yazılır.<sup>88</sup>

İdarenin talep yetkisi kalmamasına karşın zamanaşımına uğrayan vergi alacağını talep etmesi ve borçlunun da bunu bilmeden ödemesi halinde, AATUHK m. 102/2 kapsamında rızaen yapılan bir ödeme yoktur ve bu durum VUK m. 113/1'de belirtilen süre geçmesi sebebiyle vergi alacağının kalkacağı hükmüne de aykırılık taşır. Bu nedenle yasal dayanağı olmaksızın talep üzerine bilmeden yapılan ödeme geçerli sayılmamalıdır. Aksi takdirde zamanaşımına uğrayan bir vergi alacağının talep etme konusunda vergi memurlarının takdir yetkisi söz konusu olur ve bu durum yükümlüler arasında eşitsizliğe yol açarak kamu hukuku ilkelerine aykırılık taşır. Vergi hukukunda zamanaşımından sonra yapılan ödemelerin geri istenememesi her ne kadar borçlar hukukundaki tabii borç ile yakınlık gösterse de tamamen aynı sonuçları doğurmaz. Vergi hukuku bir kamu hukuku kolu olduğundan kanunun belirlediği zamanaşımı süreleri kesindir ve sözleşmeyle de değiştirilemediğinden vergi hukukunda irade serbestisi ilke olarak kabul edilmemiştir.<sup>89</sup> VUK m. 8/3'te de bu durum vergi yükümlülüğü ve

---

<sup>87</sup> BİLİCİ, s. 113; KIZILOĞLU/ŞENYÜZ/TAŞ/DÖNMEZ, s. 198.

<sup>88</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 143, 144.

<sup>89</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 145.

sorumluluğuna ilişkin sözleşmelerin geçerli olmayacağı yönünde belirtilmiştir.

Vergi hukukunda zamanaşımı hususu bakımından boşlukların bulunduğu hallerde, bu kurumun, borçlar hukukundaki zamanaşımına benzer yönler taşıması nedeniyle, boşlukların borçlar hukuku ile doldurulması yoluna gidilemez. Zira özel hukuk zamanaşımı hükümlerinin bir kamu hukuku olan vergi hukukuna kendiliğinden uygulanması söz konusu değildir. Ayrıca vergi hukukunda zamanaşımı bakımından ortaya çıkabilecek boşluklara diğer hukuk dallarındaki hükümlerin uygulanabilmesi vergi hukukunda bu hükümlere açıkça gönderme yapıldığı hallerde mümkündür. Zamanaşımı hükümlerinin uygulanması bakımından kıyas yöntemine başvurulması da doğru değildir.<sup>90</sup>

Ceza hukukunda dava ve ceza zamanaşımı olmak üzere iki tür zamanaşımı vardır. Dava zamanaşımı TCK m. 66'da belirtildiği üzere çeşitli suçlar bakımından yasalar tarafından belirtilen sürelerin geçmesiyle artık kamu davasının açılmasını; ceza zamanaşımı TCK m. 68 gereğince ceza zamanaşımı süresinin geçmesiyle kesin hükme bağlanmış bir cezanın infaz edilmesini önler.

Vergi hukukundaki tahakkuk zamanaşımı, dava zamanaşımına,<sup>91</sup> tahsil zamanaşımı, ceza zamanaşımına benzetilebilir.<sup>92</sup> Ceza hukukunda zamanaşımı re'sen dikkate alınır bunun nedenini, bu hukuk dalının da kamu hukuku içinde olması oluşturur. Ceza hukukunda TCK m. 72/2 gereğince zamanaşımından şüpheli, sanık ve hükümlünün vazgeçmesi mümkün değildir.

Vergi hukuku ile ceza hukukunun yöneldikleri amaçların birbirlerinden çok farklı olması sebebiyle vergi hukuku zamanaşımı ile ceza hukuku zamanaşımının karşılaştırılmasında ileri gidilmemesi gereklidir. Ancak vergi ceza hukukundaki zamanaşımı ile genel ceza hukuku arasındaki zamanaşımı arasında yakın bir ilişki vardır. Vergi ceza hukukunda tahakkuk zamanaşımı sürelerinin uzunluğu TCK m. 66 ve m. 68'de olduğu gibi suçların ağırlığına göre saptanmıştır. Bunun temel nedenini suç ve cezaların ağır olduğu sürece geç unutulacağı yönündeki varsayım oluşturur. Ancak AATUHK m. 102'de

---

<sup>90</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 145.

<sup>91</sup> KOCAHANOĞLU, s. 440.

<sup>92</sup> ÇAĞAN, s. 115; OKTAR, s. 149, 150.

buna uyulmayarak süre bütün alacaklar bakımından beş yıl olarak öngörülmüştür.<sup>93</sup>

VUK m. 15'te, VUK m. 13'te belirtilen mücbir sebeplerden her hangi birinin bulunması halinde bu sebep ortadan kalkıncaya kadar sürelerin işlemeyeceği ve bu durumda tahakkuk zamanaşımının işlemeyen süreler kadar uzayacağı belirtilmiştir.<sup>94</sup> AATUHK'da mücbir sebeple ilgili herhangi bir durum yer almamaktadır. Ancak AATUHK m. 8'de sürelerin hesaplanmasında ve tebliğlerin yapılmasında VUK hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Doktrinde ve uygulamada, VUK'a gönderme yapan bu hükmün yalnızca VUK m. 18'de yer alan sürelerin hesaplanmasına ilişkin değil, m. 14 ila m. 18'de yer alan hususların tümünü kapsadığı görülmektedir. Bu nedenle mücbir sebeplerin varlığı halinde AATUHK'da yer alan süreler işlemez.<sup>95</sup> VUK m. 373 uyarınca mücbir sebeplerinin meydana geldiğinin kanıtlanması halinde vergi cezası kesilmez. Sürelerin ne şekilde hesaplanacağı hususu ise VUK m. 18'de belirtilmiştir.

## V. VERGİ CEZALARI BAKIMINDAN ZAMANAŞIMI

Vergiler nedeniyle mükellef ve devlet arasında bir ilişki doğar ve bu ilişkilerin düzenli bir şekilde varlığını devam ettirmesi için devlet egemenlik gücüne dayanarak bazı kurallar ve yaptırımlar getirir. Yükümlülerden üzerlerine düşen bazı ödevleri yerine getirmeleri ya da bazı şeyleri yapmaları istenir. Buna aykırı hareket edenlereyse ceza verilir. Bahsedilen bu haller vergi hukukunun bir dalı olan vergi ceza hukuku alanına girer.<sup>96</sup> Ceza hukuku ile vergi ceza hukuku arasında ve dolayısıyla da vergi hukuku arasında bir kesişim alanı vardır. Vergi hukukunun vergi suç ve cezaları ile ilgili olan alt dalı vergi ceza hukuku olarak nitelendirilir. Her ne kadar vergi ceza hukukunun kendine özgü kavram ve kuralları olsa da<sup>97</sup> yeri geldiğinde

<sup>93</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 145.

<sup>94</sup> "...mücbir sebeplerden herhangi birinin bulunması halinde bu sebep ortadan kalkıncaya kadar süreler işlememesi yükümlüler lehine getirilen bir düzenleme olduğu için mücbir sebep halinin idare lehine ve idareyi de kapsayacak şekilde uygulanması doğru olmaz..." Danıştay 9. D. 2007/507 E. 2007/2230 K. 7.6.2007 T. (www.kazanci.com); Mücbir sebeplerin varlığı halinde zamanaşımının durmasının yalnızca verginin mükellefi ile ilgili olduğu, vergi idaresinin böyle bir iddiayı ileri sürerek zamanaşımı süresini durduramayacağı yönünde bkz. MUTLUER, s. 153.

<sup>95</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 115.

<sup>96</sup> BAYRAKLI, Vergi Hukukunun, s. 11.

<sup>97</sup> Tüm bu yaptırımlara geniş anlamda vergi cezası denir, dar anlamda vergi cezasıysa vergi idaresince uygulanan yaptırımdır. Vergi suç ve cezalarının genel suç ve cezalardan farklı nitelikleri vardır. Bu durum Türkiye'nin de onayladığı Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nde vurgulanmıştır ve sözleşme metni m. 5'te vergi, resim, kambiyo ve gümrük

ceza hukukunun kavram ve kurallarına da başvurulur.<sup>98</sup> Kanunilik ilkesi, iştirak ve tekerrür gibi kavram ve kurallar bunlara örnek gösterilebilir.<sup>99</sup> Vergi cezalarının hukuksal nitelikleri bakımından ceza hukukundaki cezalara ve özel hukuktaki tazminata benzemediği ileri sürülmüştür.<sup>100</sup>

Vergi suçları devlet hazinesine karşı işlenen suçlardır ve ihlal edilen menfaati hazine yararı oluşturur. Korunan hazine yararı ile kamu yararı özdeşleşmektedir. Vergi suç ve cezalarının ihdasındaki amacı vergi yasalarının gereklerinin zamanında ve kurallara uygun olarak yerine getirilmesi oluşturur. Zira hazinenin vergi kaybına uğratılması engellenmekte ve böylelikle de kamu hizmetlerinin finansmanı için gereken fonlar yeterli ölçüde toplanarak kamu yararı sağlanmaktadır. Vergi suç ve cezalarına ilişkin ayrı bir ceza yasası düzenlenmemiştir. Ancak devletin vergilendirme alanındaki suç ve ceza siyasetini gösteren bir yasa olarak VUK vergi hukukunda yer almaktadır.<sup>101</sup> Ancak VUK'ta yer alan suç ve cezaların bir kısmı sadece vergi hukukunu ilgilendirmektedir ve bunlarda fiil ve yaptırım idari usullere göre saptanmaktadır. Vergi dairesince suç olarak saptanan fiil için herhangi bir yargısal karara gerek kalmaksızın ceza vergi dairesince yani idarece kesilir. VUK m. 344'te belirtilen vergi zıyaı suçu ve cezası ile usulsüzlük suç ve cezaları bu kapsamda düşünülmelidir. Bu suçların cezalandırılmasında idare hem bir taraf hem de yargıç işlevi görür. Yine vergi idaresi kestiği cezada örneğin işlemde hata olmasında olduğu gibi ceza üzerinde tasarrufta bulunabilir. Ancak gerçek bir ceza üzerinde hiçbir idari merciin herhangi bir yetkisi olmaz. Vergi ceza hukukundaysa hem idarenin hem de ceza muhatabının tasarrufta bulunabildiği haller

---

konularında anlaşmadaki koşullara uyan suçluların iadesi, ancak her suç ya da suç kategorisi bakımından bu hususun sözleşme yapan taraflar arasında kararlaştırılmış olması halinde söz konusu olur. Bkz.7376 Sayılı Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesinin Tasdiki Hakkında Kanun (RG. 26.11.1959, S. 10365).

Bu nedenle mali suçlarda genel suç niteliği olmadığı ve özel anlaşmalara gereksinim bulunduğu yönünde bkz. **KIRBAŞ**, s. 148, 149.

<sup>98</sup> **ERMAN**, Sahir, Vergi Suçları, İstanbul 1988, s. 10. **KARAKOÇ**, s. 64.

<sup>99</sup> **KIRBAŞ**, s. 14. Genel kanun dışında düzenlenen suç ve kabahat gibi yaptırım içeren normun uygulanması bakımından belirleyici rol oynayan konularda doğrudan genel kanun hükümleri devreye girer. Bkz. **ERDEM**, Tahir, "Kabahatler Kanunu'nun "Genel Kanun" Niteliği ve Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararının Değerlendirilmesi", Vergi Sorunları Dergisi, S. 218, Kasım 2006, s. 149.

<sup>100</sup> **KIRBAŞ**, s. 19.

<sup>101</sup> **KARAKOÇ**, s. 72.

mevcuttur.<sup>102</sup> Bu nedenle de söz konusu vergi suçları idari kabahat, bunlara ilişkin cezalarsa idari yaptırımdır.<sup>103</sup>

Vergi suçlarının işlenmesi halinde kişilere uygulanan yaptırımların bir diğer kısmını ceza hukuku anlamında suçlar oluşturur.<sup>104</sup> Söz konusu suçlar ceza ve ceza muhakemesi hukuku hükümlerine tabidir.<sup>105</sup> VUK'ta yer bazı fiiller de ceza hukuku anlamında suçtur ve bunların saptanması ve yaptırımın uygulanması ceza mahkemesinin görev alanına girer. Bu suçlar bakımından hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilebilir. VUK m. 359'da yer alan kaçakçılık suçları ile VUK m. 362 ve m. 363'te yer alan vergi mahremiyetinin ihlali, yükümlünün özel işlerini görme suçları bu kapsamdadır. Bu nedenle de vergi ceza hukuku kapsamında yer alan suçların "idari nitelikli suç ve cezalar" ve "ceza hukuku anlamında suç ve cezalar"<sup>106</sup> olarak iki ayrı başlık altında incelenmesi gerekir. İlk gruba vergi kabahati, ikinci gruptaki suçlara ise vergi suçu da denilebilir.<sup>107</sup>

Vergi cezalarını sona erdiren nedenlerden birini de zamanaşımı oluşturur.<sup>108</sup> Vergi dairesinin eski suçların tespiti ile uğraşmasının, ispat açısından güçleşen ve toplum tarafından unutulmuş cezaların tekrar gündeme getirilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı ifade edilmektedir.<sup>109</sup> Ayrıca, suçluluk psikolojisi içinde yaşayan yükümlü, zamanaşımıyla birlikte ceza kesilmemesi yoluyla tekrar topluma kazandırılabilir. Zira yaptırım ile suç arasına uzun bir zaman girmesi halinde, yaptırımın önleyici etkisi ortadan kalkar.<sup>110</sup> Vergi ceza hukukundaki söz konusu ikili yapı, vergi cezalarında uygulanacak zamanaşımı sürelerine doğrudan etkiler ve zamanaşımı

<sup>102</sup> Örneğin VUK m. 376'da dileyen ceza muhatapları bakımından ceza miktarının 1/2'si ile veya 1/3'ü üzerinde söz sahibi olabilecekleri otomatik bir indirim mekanizması düzenlenmiştir.

<sup>103</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 209, 210.

<sup>104</sup> KARAKOÇ, s. 72.

<sup>105</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 4.

<sup>106</sup> Bu kavramlarla ilgili olarak sırasıyla "idari vergi cezaları" ve "adli vergi cezaları" ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz. CANDAN, s. 85, 86; BAYKARA, Bekir, Teori ve Pratik Yönleriyle Vergi ve Vergi Ceza Hukuku, İstanbul 2008, s. 263

<sup>107</sup> Bkz. GERÇEK, Adnan, "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Yapılan Değişikliklerden Sonra Vergi Cezalarının Durumu", <http://www.vergidanismani.com/yazdir.asp?id=730>

<sup>108</sup> OKTAR, s. 422. Vergi aslını ve cezasını sona erdiren nedenlerin çoğu her iki kamu borcu bakımından ortak olmasına karşın bazı nedenler yalnızca cezalar bakımından (ölüm, af, VUK m. 376'da öngörülen indirim gibi) geçerlidir. Ancak vergi ceza hukukunda cezayı ortadan kaldıran nedenlerin yanında konunun özelliği gereğince suçun ve suçluluğun doğmasına engel olan bazı nedenler de vardır. Örneğin, yanılma, pişmanlık, mücbir sebep gibi. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 210, 211.

<sup>109</sup> BAYRAKLI, Hasan Hüseyin, Vergi Ceza Hukuku, Afyon 1996, s. 216.

<sup>110</sup> KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 596.



bakımından uygulamada idari nitelikteki cezalar bakımından VUK ve AATUHK uygulama alanı bulurken, cezai nitelikteki cezalar bakımından TCK uygulama alanı bulur. Ancak idari nitelikteki cezalar bakımından 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (KK) hükümlerinin uygulanması gerektiğini haklı olarak savunanlar vardır.<sup>111</sup>

İdari suçlar bakımından, genellikle parasal nitelikte bir yaptırım öngörülmektedir. Ancak, bu parasal yaptırım, bir ceza hukuku yaptırımı olan "adli para cezası" olarak değil; idarî yaptırım olan "idarî para cezası" niteliği taşımaktadır. Her ne kadar söz konusu iki yaptırım da belli bir miktar paranın kişiden alınıp Devlet Hazinesine geçirilmesinden ibaret gibi görünse de; adli nitelikteki para cezası ile idarî nitelikteki para cezası arasında, karar veren merci, yaptırımın infaz sureti, yaptırıma bağlanan kanunî neticeler bakımından farklılıklar bulunmaktadır. İdarî nitelikteki "para cezası"nın bir uyarı fonksiyonu gördüğü ileri sürülebilir.<sup>112</sup>

Vergi cezaları bakımından idari yaptırıma vergi idaresi tarafından karar verilmesinde vergi idaresinin bu hareketini zaman bakımından kısıtlayan zamanaşımı hükümleri vardır ve vergi idaresinin idari yaptırıma hükmedebilmesi ve idari yaptırımı tahsil edebilmesi zamanaşımı sürelerinin geçmemiş olmasına bağlıdır.<sup>113</sup> Geciken cezanın kendisinden beklenen işlevi yerine getiremeyeceği düşüncesiyle idari vergi cezaları bakımından tahsil ve tahakkuk zamanaşımı kabul edilmiştir.

## **A. İDARİ NİTELİKTEKİ VERGİ CEZALARI BAKIMINDAN ZAMANAŞIMI**

### **1. Tahakkuk Zamanaşımı**

VUK m. 374 uyarınca vergi ziyayı suçunda<sup>114</sup> cezanın bağlı olduğu vergi alacağının doğduğu takvim yılını izleyen yılın birinci gününden başlayarak

<sup>111</sup> KARAGÖZ, s. 207. Zira hukuk düzeninde kapsam ve içerikleri bakımından düzenledikleri alanın birbirlerine olan oranları bakımından genellik derecesine göre genel-özel kanun ayrımı yapılmaktadır. Bkz. ERDEM, "Kabahatler Kanunu'nun", s. 131, 132.

<sup>112</sup> Kabahatler Kanunu'nun genel gerekçesi bkz. KABAHATLER KANUNU TASARISI VE ADALET KOMİSYONU RAPORU, TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 840, (1/993).

<sup>113</sup> KARAGÖZ, s. 208.

<sup>114</sup> VUK 341'e göre vergi ziyayı, yükümlünün veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi ya da eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder. VUK 344/1'de ise; m. 341'de belirtilen vergi ziyaya sebebiyet verildiği hallerde mükellef veya sorumlu hakkında ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesileceği belirtilmiştir. Vergi ziyaya VUK m. 359'da yazılı fiillerle (kaçakçılık suçları) sebebiyet verildiği takdirde bu cezanın üç kat, bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanacağı belirtilmiştir.

beş yıl; genel usulsüzlükte<sup>115</sup> ise usulsüzlüğün yapıldığı yılı izleyen yılın birinci gününden başlayarak iki yıl geçtikten sonra vergi cezasının kesilmeyeceği belirtilmiştir.<sup>116</sup> VUK m. 353'te belirtilen “*Fatura ve benzeri evrak verilmemesi ve alınmaması ile diğer şekil ve usul hükümlerine uyulmaması*” ve m. 355'te belirtilen bilgi vermektan çekinmeyle ilgili fiiller nedeniyle kesilecek özel usulsüzlük cezalarında iki yıl yerine beş yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmiştir. VUK m. 374/2'de vergi ziyayı cezası ile usulsüzlüğün birleşmesi halinde kesilecek cezanın vergi ziyayı cezası için belirlenen süre içinde kesileceği düzenlenmiştir.

Vergi ziyayı ve usulsüzlük cezasını kesmede zamanaşımını durduran nedeni, matrah takdirini için dosyanın takdir komisyonuna gönderilmesi oluşturur.<sup>117</sup> Cezalar için takdir komisyonuna müracaat halinde, tarh zamanaşımı süresinin durması, matrah takdirleriyle ilişkili olduğundan; bu haldeki durma yalnızca vergi aslına bağılı cezalar bakımından olur. Vergi ziyayı suçtu bakımından ceza miktarı kayba uğratılan vergi miktarına bağılı olarak değıştığı için vergi matrahı bilinmediğı sürece ceza kesilmesi de

<sup>115</sup> VUK m. 351'e göre usulsüzlük vergi kanunlarının şekle ve usule ilişkin hükümlerine aykırılıktır. VUK'ta genel usulsüzlük suçları ve özel usulsüzlük suçları olmak üzere iki tür usulsüzlük suçtu yer almaktadır. Genel usulsüzlük suçları, birinci derece usulsüzlükler ve ikinci derece usulsüzlükler olmak üzere iki grup halinde VUK madde 352'de şu şekilde belirtilmiştir: “...I'inci derece usulsüzlükler: 1. Vergi ve harç beyannamelerinin süresinde verilmemiş olması; 2. Bu Kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerden herhangi birinin tutulmamış olması; 3. Defter kayıtlarının ve bunlarla ilgili vesikaların doğru bir vergi incelemesi yapılmasına imkan vermeyecek derecede noksan, usulsüz veya karışık olması; 5. Çiftçiler tarafından 245'inci madde hükmüne göre muhtar ve ihtiyar heyetlerince yapılan davete müddetinde icabet edilmemesi 6. Bu Kanunun kayıt nizamına ait hükümlerine uyulmamış olması (...) 7. İşe başlamanın zamanında bildirilmemesi; 8. Tasdiki mecburi olan defterlerden herhangi birinin tasdik muamelesinin yaptırılmamış olması (...) 9. Diğer ücretler üzerinden salınan Gelir Vergisinde, tarh zamanı geçtiğı halde verginin tarh ettirilmemiş olması; 11. Veraset ve İntikal Vergisi Beyannamesinin 342'nci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen süre içerisinde verilmiş olması. II'inci derece usulsüzlükler: 1. Veraset ve İntikal Vergisi Beyannamelerinin süresinin sonundan başlayarak 342'nci maddenin 1'inci fıkrasında belirtilen süre içinde verilmiş olması; 2. Ekim ve sayım beyanlarının süresi içinde veya kanunda istenilen bilgileri ihtiva edecek doğru bir şekilde yapılmaması; 4. Vergi Kanunlarında yazılı bildirmelerin zamanında yapılmamış olması (işe başlamayı bildirmek hariç); 5. Vergi karnesinin süresinin sonundan başlayarak 15 gün geçtiğı halde alınmamış olması; 6. Tasdiki mecburi olan defterlerden herhangi birinin tasdik muamelesinin, süresinin sonundan başlayarak bir ay içinde yaptırılmış olması; 7. Vergi beyannameleri, bildirimler, evrak ve vesikaların kanunen belli şekil ve muhteviyatı ve ekleri ile bunlarla ilgili olarak yapılan diğer düzenlemelere ilişkin hükümlere uyulmamış olması; 8. Hesap veya muamelelerin doğruluk veya açıklığını bozmamak şartıyla bazı evrak ve vesikaların bulunmaması veya ibraz edilmemesi”

<sup>116</sup> Örneğın mükellef 2002 takvim yılına ait gelir vergisi beyannamesinde eksik gelir beyan etmişse, işlenen vergi ziyayı nedeniyle kesilecek cezanın kesilip en geç 31.12.2007 tarihine kadar mükellefe tebliğı gereklidir. Bkz. ŞENYÜZ, Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Bursa 2005, s. 177

<sup>117</sup> KARAGÖZ, s. 215.

mümkün olmaz. Bu nedenle de vergi ziyayı cezalarının tahakkuk zamanaşımı, matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulduğunda durmuş kabul edilir.<sup>118</sup> Duran süre, takdir kararının vergi idaresine tevdi ile kaldığı yerden devam etmektedir. Ancak söz konusu durma nedeninin içeriğinin TCK m. 67'ye göre doldurulması gerektiği de ileri sürülmüştür.<sup>119</sup> Ancak VUK m. 15'te düzenlenen mücbir sebep halleri, ceza kesmede zamanaşımına atıf yapmadığı için, ceza kesmede zamanaşımı süresini durdurmaz.<sup>120</sup>

Zamanaşımı süreleri içinde ceza ihbarnamesinin tebliğ edilmesi m. 374/3 gereğince zamanaşımı süresini keser. Yeni işleyecek süre bakımından VUK'ta açık bir hüküm bulunmadığından ve VUK'un özel ceza kanunu olması nedeniyle, TCK'daki, kesilme sonrası uygulanacak hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. TCK m. 67/4'e göre, yeni işleyecek süreler en fazla, yasada öngörülen sürelerle yarısı ilave edilmek suretiyle bulunacak süreden daha fazla olamaz. Bu hüküm vergi ziyayı cezası kesmede zamanaşımı uygulanacak olursa, kesilmeler nedeniyle uygulanacak sürenin, ne kadar ihbarname tebliğ edilirse edilsin, en fazla yedi buçuk yıl olabileceğini gösterir. Ceza ihbarnamesinin gönderilmesi ile kesilen süre sonucu baştan işlemeye başlayacak olan süre usulsüzlük cezası bakımından TCK 67/4'e göre, en fazla üç yıl olabilir.<sup>121</sup> Ancak vergi hukukundaki kıyas yasağı nedeniyle ve de söz konusu suçların idari nitelikteki suç ve cezalar olması nedeniyle TCK'nın ilgili hükmü burada uygulama alanı bulamaz.

Zamanaşımının kesilmesi halinde, ihbarnamenin yapıldığı takvim yılını takip eden yılın başından itibaren bu süre başlar.<sup>122</sup> Ayrıca, VUK m. 18'de

---

<sup>118</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 138.

<sup>119</sup> MUTLUER, s. 327.

<sup>120</sup> "...213 sayılı Vergi Usul Kanununun ... 15.maddede, mücbir sebep bulunması halinde işlenmeyen süre kadar tarh zamanaşımının uzayacağı belirtilmekle yetinilmiş, ceza zamanaşımının uzayacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ceza zamanaşımını düzenleyen 374.maddede ise, ceza zamanaşımının sadece ceza ihbarnamesi tebliğ edilmekle kesileceği öngörülmüştür. Maddede mücbir sebebin ceza zamanaşımını durduracağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan mücbir sebep halinin ceza zamanaşımını durduracağına kabulü olanaksızdır. Olayda, cezanın bağlı olduğu vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın birinci gününden başlayarak 5 yıllık süre geçtikten sonra usulüne uygun olarak vasiye 3.3.1986 tarihinde ceza ihbarnamesi tebliğ edilmiş olduğundan, cezanın zamanaşımına uğramış olması nedeniyle Vergi Mahkemesi kararının kesilen kaçakçılık cezasının onaylanması yolundaki hüküm fıkrasında hukuka uyarlık görülmemiştir..." Danıştay 3. D. 1987/670 E. 1987/1843 K. 16.09.1987T. (www.kazancı.com)

<sup>121</sup> MUTLUER, s. 326, 327.

<sup>122</sup> MUTLUER, s. 326.

belirtilen sürelerle ilişkin genel kurallar ceza kesmede zamanaşımı kurumu için uygulanmaz.<sup>123</sup>

Ceza zamanaşımı süresi içerisinde şayet vergi ziyayı ya da usulsüzlük cezası kesilmemişse, bu durumda artık vergi ziyayı cezası ya da usulsüzlük cezası kesilemez. Bu durumun, idari makamlarca kendiliğinden dikkate alınması ya da yükümlü tarafından ileri sürülmesi mümkündür.<sup>124</sup> Vergi cezalarında tahakkuk zamanaşımı süresi vergi ziyayı suçu bakımından cezanın bağlı olduğu vergi alacağına doğduğu yılı izleyen yılın birinci gününden itibaren başlar. Buradaki farklılığın nedenini vergi ziyayı cezasının kayba uğratılan vergi ile ilgili olması oluşturur, ancak usulsüzlükte böyle bir durum yoktur.<sup>125</sup>

## 2. Tahsil Zamanaşımı

AATUHK m. 102/1'de belirtildiği üzere vergi cezaları da vergi asılları gibi vadelerinin<sup>126</sup> rastladığı tarihi izleyen takvim yılından itibaren beş yıl içinde tahsil edilmediği müddetçe zamanaşımına uğrar. Söz konusu bu beş

---

<sup>123</sup> "...Uyuşmazlık; yükümlü adına salınan kaçakçılık cezalı gider vergisini vergi aslına tasdik, cezayı ise terkin eden Temyiz Komisyonu kararının bozulması isteminden ibarettir. Dosyanın incelenmesinden, mükellef şirketin gider vergisi matrahının şirkete ait defter ve belgelerden tespit edildiği ve olayda vergi kaçırma kastının olmadığı anlaşıldığından kaçakçılık cezasının, kusur cezasına tahvilinde herhangi bir kanunsuzluk görülmemiştir. Diğer taraftan, 213 sayılı Yasanın 374.maddesinin 1.bendinde cezanın bağlı olduğu vergi alacağına doğduğu takvim yılını takip eden yılın birinci gününden başlayarak kusurda üç yıl geçtikten sonra vergi cezası kesilmeyeceği hükme bağlanmış olup, aynı maddenin son bendinde ise bu süreler içinde ceza ihbarnamesi tebliğ edilmekle zamanaşımının kesilmiş olacağı belirtilmiştir. Her ne kadar davacı, Vergi Usul Kanununun sürelerin hesaplanması ile ilgili 18.maddesinin 4.bendi hükmüne göre zamanaşımı süresinin son günün resmi tatile rast gelmesi nedeniyle cezaya ilişkin ihbarnamenin 2.1.979 tarihinde tebliğ edildiğini ve cezanın zamanaşımına uğramadığını iddia etmekte ise de, uyuşmazlık konusu zamanaşımı süresi, uygulamada doğduğu hüküm ve sonuç bakımından hak düşürücü sürelerle eşit tutulmuş bulunduğu, Vergi Usul Kanununda bu sürelerin, başlangıcı, işleyişi ve engelleri ile ilgili kurallar ayrıntılı olarak diğer sürelerden ayrı düzenlenmiş olduğu cihetle mezkur Kanunun 18.maddesinde yer alan sürelerle ilişkin genel kuralların bu süreye uygulanması suretiyle uzatılması mümkün değildir. Ayrıca olayda zamanaşımı süresini kesen veya durduran kanuni bir neden de bulunmadığından cezanın zamanaşımı nedeniyle terkinde yukarıda açıklanan madde hükümleri karşısında herhangi bir kanunsuzluk görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verildi..." Danıştay 7. 1980/1292 E. 1982/492 K. 18.03.1982 T. (www.kazancı.com)

<sup>124</sup> Danıştay 3. D. 1983/1500 E. 1984/1828 K. 23.05.1984 T. (www.danistay.gov.tr)

<sup>125</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 136.

<sup>126</sup> Vade tarihi, ceza muhatabının ceza ihbarnamesinin tebliğinden sonra yargı yoluna gidip gitmemesine göre farklılık arz eder. Bkz. BAYRAKLI, Vergi Ceza, s. 219.

yıllık süre hem vergi ziyai cezası bakımından hem de usulsüzlük cezası bakımından geçerlidir.<sup>127</sup>

İdari nitelikli vergi cezaları bakımından tahsil zamanaşımının dolmasıyla, vergi dairesinin kesinleşmiş cezayı tahsil etme yetkisi ortadan kalkar. Ancak her ne kadar ceza zamanaşımına uğramış olsa da yükümlü şayet isterse ödeme yapabilir. Bu nedenle, vergi idaresinin talebi olmaksızın tahsil zamanaşımına uğradığını bilmeden bir vergi cezasını ödeyen yükümlü, daha sonra bunun geri verilmesini isteyemez. İdari cezalar, ceza hukuku kapsamındaki cezalardan farklıdır. Zira TCK m. 72’de “*dava ve ceza zamanaşımı re’sen uygulanır ve bundan şüpheli, sanık ve hükümlü vazgeçemezler*” denmektedir.<sup>128</sup> Kendi rızasıyla ödeme yapan yükümlünün vezne alıncısına “*kendi rızası ile ödenmiştir*” şerhi vurulduğundan,<sup>129</sup> zamanaşımına uğramış cezayı zorla takip eden vergi idaresi işlemlerinin iptal edilmesi mümkündür.<sup>130</sup> Usulsüzlük ve vergi ziyai cezaları bakımından tahsil zamanaşımı süresinin kesilmesi halinde bu süre tekrar başlar ve AATUHK ilgili hükmü gereğince yine beş yıldır.<sup>131</sup>

### 3. Kabahatler Kanunu’nun Tahakkuk Zamanaşımı ve Tahsil Zamanaşımına Olan Etkisi

TCK ve KK ile 765 sayılı TCK’da cürüm ve kabahat ayrımı kaldırılarak, yalnızca suçlar düzenlenmiştir ve kabahatler terminoloji olarak suç tanımından çıkarılarak KK’da ayrıca düzenlenmiştir.<sup>132</sup> KK’da yer alan fiiller, kabahat niteliğindeki fiilleri Ceza Kanunu dışına taşıyarak suç olmaktan çıkarmıştır.<sup>133</sup> TCK’da cezalar başlıklı m. 45’te suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezaların hapis ve adli para cezaları olduğu

<sup>127</sup> KARAGÖZ, s. 212, 213, 216.

<sup>128</sup> MUTLUER, s. 327.

<sup>129</sup> Bu şerh konulmamışsa yapılan ödeme geçersiz olur. Bkz. KILIÇ, İbrahim, Vergi Hukukunda Zamanaşımı, <http://www.vergihaber.net/?p=752>

<sup>130</sup> BAYRAKLI, Vergi Ceza, s. 221.

<sup>131</sup> KARAGÖZ, s. 216.

<sup>132</sup> TCK ve KK’nın “genel kanun” niteliğinde olmaları nedeniyle, bu Kanunlarda yapılan yeni düzenlemelere uyum sağlamak amacıyla ceza normu içeren birçok kanunun yanı sıra VUK’ta da değişiklikler yapmak üzere 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun çıkarılmıştır. Bkz. RG. 8.2.2008, S. 26781.

<sup>133</sup> 765 sayılı TCK’da suçlar cürümler ve kabahatler olarak ikiye ayrılmaktaydı. 765 sayılı TCK m. 11 uyarınca, cürümlere özgü cezalar ağır hapis, hapis, sürgün, ağır cezayı nakdi, hidemati ammeden memnuiyet cezalarıyken; kabahatler için mevzu cezalar ise hafif hapis, hafif cezayı nakdi, muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası şeklinde belirtilmiştir. 765 sayılı TCK’da kabahat olarak adlandırılan fiiller, bugünkü anlamında kullanılan düzene aykırılıkları değil, esasında bir suçu ifade etmekteydi.

belirtmiştir. KK, vergi ceza hukukunda idari para cezalarını ilgilendiren hükümlere sahiptir.

KK genel bir kanun niteliğindedir. Bunun nedenini uygulamada bir standardın oluşturulmak istenmesi ve diğer yasalarda yer alan bu nitelikteki normların, belli standartlar içine alınması oluşturur.<sup>134</sup> Bu durum KK m. 3'te de belirtilmiştir.<sup>135</sup> KK'nın 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte VUK'taki vergi kabahatlerine ilişkin genel düzenlemeler<sup>136</sup> zımnen ilga edilmiş olduğundan, bunlar hakkında KK'nın genel hükümlerinin uygulanması gerekir.<sup>137</sup> KK'nın yargı yolu dışında kalan genel hükümlerinin idari para cezası ya da mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller bakımından uygulama alanı bulacağı KK'da öngörüldüğünden, KK halen genel kanun olma niteliğine sahiptir.<sup>138</sup> Ancak Maliye Bakanlığı KK'nın vergi kabahat ve yaptırımları bakımından uygulanmayacağı görüşündedir ve bu görüşünü KK. ek m.1'de "4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı

<sup>134</sup> **BEKAR**, Elif, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İÜHFİM, 2011, C. LXIX, S. 1-2, s. 1035.

<sup>135</sup> "Madde 3- (Değişik: 6/12/2006-5560/31 m.)

(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır."

KK'nın "genel kanun niteliği" başlığını taşıyan 3.maddesinin AYM tarafından iptal edilen ilk hali "Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır." şeklindeydi. AYM'nin kararı için bkz. 2001/225 E. 2002/88 K. 8.10.2002 T. (RG. 26.2.2003, S. 25032)

<sup>136</sup> **ERDEM**, "Kabahatler Kanunu'nun", s. 155.

<sup>137</sup> **YAVAŞLAR**, Vergi Suç Ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 2008/6, s. 2857.

<sup>138</sup> **TAHSİLÂT GENEL TEBLİĞİ SERİ NO: 442** (RG. 12.05.2007, S. 26520.)

Türkiye'de idari usule ilişkin kuralları düzenleyen ayrı bir idari usul yasası çıkarılmadığından, farklı uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Bu konuda yapılan çalışmaların neticesinde "genel idari usul kanunu tasarısı" hazırlanmış, ancak bugüne kadar yasalaşması ise gerçekleşmemiştir. Ancak idari usulün bir yönünü ilgilendiren 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu yürürlüğe girmiş olsa da idari usul yasasının çıkarılmaması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Zira idari usul kanunu tasarısında idari işlemlerle ilgili usul kurallarına ayrıntılı bir şekilde yer verilirken idari yaptırımların da düzenlendiği görülmektedir. Her ne kadar bu tasarı kanunlaştırılmamış olsa da 5326 sayılı KK'nın yürürlüğe girmesiyle idari yaptırımlara ilişkin kurallar ilk defa bir kanunla genel olarak düzenlenmiştir. Bkz. **KARABULUT**, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara 2008, s. 30-31. Bu tasarıda idari yaptırım tanımları başlıklı m. 4/f'de "disiplin cezaları, para cezaları, işyeri kapatma, meslek ve sanattan men, ruhsat, lisans, izin veya belge iptali ve yıkım kararları" şeklinde tanımlanmıştır.

[http://www.bilgiedinnehakki.org/tr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=14](http://www.bilgiedinnehakki.org/tr/index.php?option=com_content&task=view&id=14)

*Vergi Usul Kanununda yer alan vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler saklıdır*” şeklinde düzenlenen hükme dayandırılmaktadır. Söz konusu düşünceye göre madde metninin kaleme alınışı hatalıdır, VUK'ta vergi mahkemeleri ve burada uygulanacak usule ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Söz konusu durumlar 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'unda ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanun'unda düzenlenmiştir. Bu nedenle KK. ek m. 1'de kast edilen idari nitelikteki suç ve cezalardır.<sup>139</sup> Ancak ne maddenin lafzı ne amaçsal ne de tarihi yorum yöntemiyle Maliye Bakanlığı'nın söz konusu görüşüne katılmak mümkündür.<sup>140</sup>

İdari yaptırım kararlarında bulunması gereken hususlar, kararların ilgililere tebliğ usulü, özel kanununda hüküm bulunmaması şartıyla idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümler, ödeme usulü, zamanaşımı, idari para cezalarının gelir kaydedilebileceği kamu idareleri gibi düzenlemeler genel hükümler olup, ilgili yasalarda aksine hüküm bulursa dahi KK hükümleri uygulanmalıdır.<sup>141</sup> 1.6.2005 tarihinden önce yürürlüğe giren tüm kanunlarda yer alan idari para cezaları bakımından KK hükümleri uygulama alanı bulur.<sup>142</sup> İleri sürülen görüşler uyarınca vergi

---

<sup>139</sup> **DONAY**, Süheyl, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, İstanbul 2008, s. 21; Aksi yönde ileri sürülen görüş ise uygulamada adeta Ek madde 1 yokmuşçasına davranıldığı yönündedir. Bu görüşe göre uygulamanın hukuka uygunluğunun sağlanabilmesi için Ek madde 1 kaldırılmalıdır. Aksi halde Ek madde 1 dikkate alınmalıdır ve uygulanmalıdır. Ayrıca bu uygulamanın idareyle mükellef arasında herhangi bir hukuki uyumsuzluğa yol açmamasını şartıtlı bulduğunu haklı olarak dile getirmektedir. **YERÇİ**, Cahit, “Kabahatler Kanunu'nun Ek 1'inci Maddesi ya da Kabahatler Kanunu Vergi Cezalarını da Kapsıyor Mu?”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 228, Eylül 2007, s. 20, 21.

<sup>140</sup> KK ek m.1'de “*VUK'da yer alan vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler*” ifadesi ile kastedilen, vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin VUK'ta yer alan (m. 377 (vergi mahkemesinde dava açmaya yetkili olanlar), m.378 (dava konusu) ve mük. m. 378'i (inceleme elemanları ile mükellefin mali müşaviri veya muhasebecisinin vergi davasında dinlenmesi)) durumlardır. Bkz. **YAVAŞLAR**, s. 2841-2843. Bu durumu ek m. 1'in “*Vergi mahkemelerinin görevine giren hususlarla ilgili olarak vergi hukukunun kendisine özgü özellikleri dolayısıyla 213 sayılı Kanunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hükümlerin vergi uyumsuzluklarına ilişkin olarak muhafazasında fayda mülhaza edilerek, Kabahatler Kanununun usule ilişkin hükümlerinin vergi cezaları açısından uygulanmaması yönünde bir istisna hükmüne yer verilmiştir.*” şeklindeki gerekçesi de destekler niteliktedir. Gerekçe metni için bkz. **KABAHATLER KANUNU TASARISI VE ADALET KOMİSYONU RAPORU**, TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 840, (1/993).

<sup>141</sup> Haklı olarak KK'nın genel hükümlerinin vergi kabahatleri bakımından da uygulanması gerektiği yönünde bkz. **TAŞDELEN**, Aziz, “Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler”, AUHFD, 59 (4) 2010, s. 794.

<sup>142</sup> **GÜZEL**, Bayram /**SİVRİKAYA**, Hamza, “Kabahatler Kanunu Kapsamında İdari Para Cezalarının Uygulama Esasları”, Vergi Sorunları Dergisi, S.209, Şubat 2006, s. 45.

ziyayı cezası ve usulsüzlük cezasında uygulanacak zamanaşımı için KK'nın genel kanun olma niteliğinden hareketle,<sup>143</sup> KK'da öngörülmüş olan zamanaşımı hükümleri dikkate alınarak KK m. 20'de düzenlenen soruşturma zamanaşımı, VUK m. 374'e karşılık geldiğinden KK hükmü uygulanmalıdır.

İdari para cezalarının tahsilinin zaman sınırı açısından her ne kadar AATUHK m. 102 hükmü bulursa da KK'nın genel kanun olma niteliğinden dolayı KK. m. 21'de hükme bağlanan yerine getirme zamanaşımı hükümleri uygulanmalıdır. Ancak bu durumda AATUHK m. 103 ve m.104'te belirtilen tahsil zamanaşımını kesen haller ile tahsil zamanaşımının işlememesi halleri ayrıca dikkate alınması gerektiği doktrinde egemen bir düşüncedir.<sup>144</sup> Bu nedenle vergi kabahatleri bakımından vergi hukukunun kendisine özgü özellikleri nedeniyle bunlar hakkındaki yargılama sürecinde KK yerine VUK'un usule ilişkin hükümlerinin uygulanması benimsenmiştir.

## **B. HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZALAR BAKIMINDAN ZAMANAŞIMI**

İncelemede daha önce de belirtildiği üzere vergi yasalarına karşı ağır ihlallerin hürriyeti bağlayıcı cezalarla cezalandırıldığı VUK m. 359'da düzenlenen kaçakçılık, VUK m. 352'de düzenlenen vergi mahremiyetini ihlal ve VUK m. 363'te düzenlenen kamu hizmetinin asli ve sürekli görevlerde çalışan memurların görevlerini yaparken yükümlülerin özelde yapamayacağı işlerini yapma suçları bakımından cezalandırma yetkisi ceza mahkemelerine aittir. Zira söz konusu vergi suçlarının, ceza hukukuna tabi diğer suçlardan hukuki konuları ve sosyal düzeni bozucu amaçları bakımından farklılıkları yoktur.<sup>145</sup> Bu nedenle VUK'ta belirtilen söz konusu vergi cezaları için ceza mahkemeleri ve TCK'nın genel hükümleri uygulama alanı bulur.<sup>146</sup> Ayrıca TCK m. 5'te "*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında uygulanır*" hükmüne yer verildiğinden TCK genel bir kanundur.<sup>147</sup> TCK'da yer alan "dava

---

<sup>143</sup> Daha önce cezalandırma yetkisi ceza mahkemesine verilen bir suçun, depenalizasyon sonucu idari suç ve ceza haline getirilmesi halinde artık ceza hukuku anlamında bir suç ve ceza bulunmamaktadır. Ortada idare hukuku alanında yer alan bir idari işlem vardır. KK ile tüm idari yaptırımlar bakımından genel ilkelerin getirilmesi olumlu bir gelişmedir. Ancak KK'da Cumhuriyet savcılarında ve ceza mahkemelerinde de idari ceza verme yetkileri tanınarak, hem "depenalizasyon"la amaçlanması gereken gerçekleştirilememiş hem de erkler ayrılığı ilkesi yönünden sakınca ve sorunlar ortaya çıkmıştır.

<sup>144</sup> ARSLAN, s. 234.

<sup>145</sup> ERMAN, s. 2.

<sup>146</sup> KARAGÖZ, s. 222.

<sup>147</sup> SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 122.



zamanaşımı” ve “ceza zamanaşımı” hükümleri, söz konusu vergi suçları bakımından uygulama alanı bulur.

TCK'daki zamanaşımı hükümlerinin uygulanmasıyla suçun işlendiği zamandan veya cezanın kesinleşmesinden itibaren belli sürelerin geçmesi, devletin dava açmak veya verilmiş cezayı yerine getirmek hususunda sahip olduğu menfaati ortadan kaldırır ve devletin cezalandırma yetkisi artık sona erer. Suçun işlenmesi nedeniyle toplumda oluşan endişe zamanın geçmesiyle yavaş yavaş azalarak kaybolur.<sup>148</sup> Aradan geçen uzun süre delillerin elde edilmesi yönünde zorluklara ve hatta imkânsızlıklara ve adli hatalara yol açar.<sup>149</sup> Ayrıca fail bakımından da ceza almayı ya da cezayı çekme korkusuyla yaşamak fiilen cezanın çekilmesi etkisini yaratır. Zira fail sürekli olarak yakalanma korkusu içinde taşır ve böylelikle fail ıslah olabilir<sup>150</sup> ve artık ceza ile elde edilmek istenen amacın önemi kalmaz.<sup>151</sup> Söz konusu bu haller dava zamanaşımının kabul edilmesine neden olmuştur. Yine kesinleşen bir hükmün uzun bir zaman boyunca yerine getirilmemesinde olay unutulabilir, failin tehlikeliliği ortadan kalkabilir ve cezanın illaki yerine getirilmesi hususunda artık devletin bir menfaati kalmaz. Bu nedenlerle ceza zamanaşımı kabul edilmiştir.<sup>152</sup> Ayrıca TCK'da müsadere bakımından da ayrı bir zamanaşımı öngörülmüştür. Dava ve ceza zamanaşımı Ay. m. 38/2 gereği maddi ceza hukukuna ait kanunilik ilkesiyle teminat altına alındığından zamanaşımına ilişkin konularda lehe kanun uygulaması söz konudur.<sup>153</sup>

TCK m. 66'da ihdas edilen dava zamanaşımı süreleri suç için öngörülen cezaların ağırlığına göre farklı şekillerde düzenlenmiştir.<sup>154</sup> TCK'da dava zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde soyut ceza, yani suç için kanunda öngörülen ceza miktarı dikkate alınmaktadır.<sup>155</sup> Dava zamanaşımı süreleri şayet kanunda aksine bir hüküm yoksa ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl, yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını

<sup>148</sup> TCK'da yer alan zamanaşımı sürelerinin çok uzun olduğu yönünde bkz. **HAFIZOĞULLARI**, Zeki/ **ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 535.

<sup>149</sup> **YÜCE**, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985, s. 192.

<sup>150</sup> **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 595.

<sup>151</sup> **CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006, s. 625; **BURGUL**, Ferhat, Türk Ceza Kanunu'nda Dava ve Ceza Zamanaşımı, İstanbul 2009, s. 11, 12.

<sup>152</sup> **TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2011, s. 461, 462.

<sup>153</sup> **ZAFER**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, s. 562.

<sup>154</sup> **ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2006, s. 735.

<sup>155</sup> **ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 768.

gerektiren suçlarda onbeş yıl, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle düşer. Yani bu sürelerin geçmesiyle artık kamu davası açılmaz ve açılmışsa davanın düşmesine karar verilir (TCK m. 66/1).

Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, TCK m. 66/1'de belirtilen sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer (TCK m. 66/2).<sup>156</sup> Dava zamanaşımı süresi belirlenirken dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri (TCK m. 66/3)<sup>157</sup> ve suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur. Seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır (TCK m. 66/4). Eğer ki aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren haller varsa, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar (TCK m. 66/5). Dava zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar (TCK m. 66/6). TCK bazı suçlar bakımından dava zamanaşımını kabul etmemiştir. TCK'nın İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde (TCK m. 66/6) ve işkence suçunda (TCK m. 94/6) dava zamanaşımı uygulanmaz.

Bazı nedenlerin varlığı halinde zamanaşımı süresinin o ana kadar geçen kısmının korunması, bu neden ortadan kalktıktan sonra sürenin kaldığı yerden devam etmesi sonucunu doğurur. Buna zamanaşımının durması denilir. Bazı nedenlerin varlığı halinde ise o ana kadar geçen sürenin tamamıyla ortadan kalkması ve zamanaşımı süresinin yeni baştan işlemeye başlaması hali ile karşı karşıya kalınır. Bu durumda da zamanaşımının kesilmesinden bahsedilir.<sup>158</sup> Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin

---

<sup>156</sup> Ancak bu durumun çocukları korumayıp aksine çocuk suçluluğuna prim verdiği ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. **TANER**, s. 63-64.

<sup>157</sup> Yalnızca ağırlaştırıcı nedenler bakımından böyle bir düzenlemeye gidilip hafifletici nedenler bakımından gidilmemesinin bir tutarsızlık yarattığı ve ayrımcılığa yol açtığı yönünde bkz. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 538.

<sup>158</sup> **TOROSLU**, s. 465.

sonucuna bağılı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına ya da meselenin çözümlüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımı durur (TCK m. 67/1). VUK m. 15'te mücbir sebep halinde tarh zamanaşımının duracağından bahsedildiğinden, mücbir sebep ceza zamanaşımını durdurmaz.<sup>159</sup>

İşlenen bir suçla ilgili olarak şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi, suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi, sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, dava zamanaşımı kesilir (TCK m. 67/2). Ancak verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmemesi gerekir. Aksi halde ceza zamanaşımı kesilir.<sup>160</sup> Dava zamanaşımı kesildiği takdirde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde ise, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar (TCK m. 67/3). Dava zamanaşımı kesildiği zaman, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar (TCK m. 67/4). Ancak doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre her ne kadar TCK'da zamanaşımını kesen nedenler arasında mücbir sebepler sayılmamış olsa da özel-genel kanun ilişkisi gereğince VUK'da yer alan mücbir sebebe ilişkin düzenleme özel olarak kabul edilip yalnızca vergi suçları bakımından kesme nedeni sayılmalıdır.<sup>161</sup>

Dava zamanaşımında, kesilme sebepleri ne kadar çok olursa olsun, zamanaşımı süresinin belirli bir sınırı aşamayacağı kabul edilmiş olmasına karşın benzer düzenlemeye ceza zamanaşımı bakımından yer verilmemiştir.

Hükmedilen cezanın ağırlığına göre ceza zamanaşımı süreleri ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl, müebbet hapis cezalarında otuz yıl, yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında yirmidört yıl, beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl, beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında ise on yıl olarak belirtilmiştir. Bu sürelerin geçmesinden sonra artık ceza infaz edilemez (TCK m. 68/1). TCK, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle cezanın

---

<sup>159</sup> KANETİ, s. 259.

<sup>160</sup> HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 475.

<sup>161</sup> DONAY, s. 220.

infaz edilemeyeceğini belirtmiştir (TCK m. 68/2). TCK'nın İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı yurt dışında işlenmiş suçlar dolayısıyla verilmiş ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezalarında (TCK m. 68/3) ve işkence suçunda (TCK m. 94/6) ceza zamanaşımı uygulanmaz. Şayet türleri farklı cezaları içeren bir cezaya hükmedilmişse bu durumda, ceza zamanaşımı en ağır ceza için konulan sürenin geçmesiyle infaz edilmez (TCK m. 68/4).

Ceza zamanaşımı, hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren işlemeye başlar ve ikinci durumda ceza zamanaşımı kalan ceza miktarı esas alınarak hesaplanır (TCK m. 68/5).

TCK'da, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak ceza zamanaşımına uğrayan cezanın ortadan kalkacağından bahsedilmeyip yalnızca yerine getirilmeyeceği belirtilmektedir. Ayrıca cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunluklarının süresi ceza zamanaşımı doluncaya kadar devam eder (TCK m. 69).

Bir güvenlik tedbiri niteliğinde olan müsaade bakımından zamanaşımı ise, müsadereye ilişkin hükmün, kesinleşmeden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra infaz edilmeyeceği şeklinde TCK'da belirtilmiştir (TCK m. 70). Hem TCK m. 54'te düzenlenen eşya müsadereci hem de m. 55'te düzenlenen kazanç müsadereciyle ilgili olarak müsadereye ilişkin verilen hüküm şayet kesinleşmesinden itibaren yirmi yıl geçmişse artık infaz edilemez.<sup>162</sup>

Ceza zamanaşımının kesilmesi ise mahkûmiyet hükmünün infazı için yetkili merci tarafından hükümlüye kanuna göre yapılan tebligat yapılması veya bu maksatla hükümlünün yakalanması ya da bir suçtan dolayı mahkûm olan kimsenin üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlediği takdirde olacaktır (TCK m. 71).

Dava ve ceza zamanaşımının hesabı ve uygulanmasında süreler gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmidört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmi takvime göre hesap edilir. Ayrıca dava ve ceza zamanaşımı re'sen uygulanır ve bundan şüpheli, sanık ve hükümlü vazgeçemezler (TCK m. 72). CMK m. 223/8 gereğince dava zamanaşımının gerçekleştiği bir halde davanın düşmesine karar verilir. Dava zamanaşımı ya da ceza zamanaşımı

---

<sup>162</sup>ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 703-704

gerçekleştğinde, yargı organları bunu re'sen uygular. Yani sanığın ya da hükümlünün bu konuda bir talebinin bulunması gerekmez.<sup>163</sup>

VUK m. 359'da belirtildiği üzere kaçakçılık sonucu vergi ziyayı ortaya çıkmışsa, kaçakçılık sonucu meydana gelen vergi ziyayı cezası için VUK m. 374 ve AATUHK m. 102'de düzenlenen zamanaşımı hükümleri uygulanacakken,<sup>164</sup> hapis cezası konusunda TCK m. 66 ve m. 68'de tespit edilen zamanaşımı hükümleri uygulama alanı bulacaktır. VUK m. 359 ve m. 360'da düzenlenen kaçakçılık ve kaçakçılığa iştirak suçlarında beş yıldan fazla olmayan hürriyeti bağlayıcı cezalar hükmolunmuştur. TCK'da yer alan cezaları arttıran, azaltan ve kaldıran nedenler de ihmal edilirse bu durumda kaçakçılık suçu bakımından dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır.<sup>165</sup>

Sırf davranış suçlarında davranışın (belli bir hareketin ya da ihmalin) gerçekleştiği, sonuçlu suçlarda ise neticenin gerçekleştiği anda suç tamamlanmış olur.<sup>166</sup> VUK m. 359'da yer alan kaçakçılık suçu maddede belirtilen hareketlerin yapılmasıyla tamamlanır ayrıca bir sonucun gerçekleşmesi aranmaz.<sup>167</sup> Yani dava zamanaşımı VUK m. 359'da belirtilen hareketlerin yapılmasıyla başlar.<sup>168</sup> Yani bu suçun oluşması bakımından madde metninde belirtilen eylemlerin neticesinde vergi ziyasının doğmuş

---

<sup>163</sup> **DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. III, İstanbul 1997, s. 252.

<sup>164</sup> **AY**, Ercan, Vergi Suç ve Cezaları, İstanbul 2006, s. 123.

<sup>165</sup> TCK'nın 7. maddesinin 2 numaralı bendine göre suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. Bu durumda VUK m. 359'da yer alan hürriyeti bağlayıcı suçları gerektiren fiillerin işlenmesi tarihleri önem kazanmakta, bu tarihlerin TCK'nın yürürlüğe giriş tarihinden önce veya sonra işlenmiş olmasına göre farklı hukuki sonuçlar doğmaktadır. ETCK döneminde ise kaçakçılık suçu beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğundan bu dönemde işlenen suçlar bakımından lehe olan ETCK uygulama alanı bulur.

<sup>166</sup> **TOROSLU**, s.136.

<sup>167</sup> Ancak VUK m. 359/a-2'de yer alan defter ve belgenin ibraz edilememesi fiilinin özel bir halini kaybolma fiili oluşturur ve bu durumda VUK'un öngördüğü usule uygun bir şekilde tebligat yapılmayacağından suçun işlendiği tarihin inceleme tarihi olarak esas alınması, yine VUK m. 359/b-1'de yer alan defter, kayıt ve belgelerin yok edilmesi fiilinde yok etme fiilinin fiilen gerçekleştiği tarihin tespitinden doğan güçlük nedeniyle suçun inceleme tarihinde işlendiği yönünde bkz. **AKTAŞ**, Murat/**ÖZGÜR**, Murat, "Vergi Usul Kanunu'nda yer alan Hürriyeti Bağlayıcı Ceza Gerektiren Suçlarda Dava Zamanaşımı Süreleri (Eski ve Yeni Ceza Kanunu Bağlamında İrdelenmesi)-II", Yaklaşım Dergisi, Y. 14, S. 161, Mayıs 20006, s. 239.

<sup>168</sup> Benzer yönde bkz. **BAYKARA**, s. 424; **KIZILOT**, Şükrü/**KIZILOT**, Zuhâl, Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Ankara 2010, s. 655.

olması gerekli değildir.<sup>169</sup> Ancak sahte fatura kullanımında ceza zamanaşımının başlangıcı faturanın kullanıldığı tarih değil, beyanname verme süresinin son gününü takip eden gün olduğu yönünde Yargıtay'ın kararları mevcuttur. Örneğin yalnızca KDV kaybı olan durumlarda beyanname vermenin son günü olan ertesi ayın 24. gününü takip eden 25. günde, kurumlar vergisinde ise ertesi yılın Nisan ayının 26. gününde zamanaşımı başlar.<sup>170</sup> Ancak bu yaklaşım doğru değildir. Zira Yargıtay'ın sahte fatura düzenlemede zamanaşımının düzenlendiği anda başladığını, kullanmada ise beyanname verme tarihini izleyen günden itibaren

<sup>169</sup> ŞAHİN, Ömer/UÇAK, Mehmet, "VUK'un 359 ve 360. Maddelerindeki Filler Yönünden Dava Zamanaşımı Süresi" Vergi Raporu Dergisi, S. 80, Şubat- Mart 2006, s. 13. "...213 sayılı Vergi Usul Yasasının, 1.1.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4369 sayılı Yasa ile değişik 359/b-1. maddesine göre, vergi kanunları uyarınca düzenlenmesi gereken belgelerin sahte olarak düzenlenmesi suçun oluşumu için yeterli olup bu belgelerin kullanılması ve vergi ziyat doğması suçun unsuru olmaktan çıkarıldığı cihelle, sanıklar Bahattin, Mahsar, Hüdayi, Ejfan ve Sami'nin özel gider indirimi veya vergi iadesinde kullanılmak üzere sahte ödeme kaydedici cihaz fişlerini düzenleyenlerden komisyon karşılığı satın alıp komisyon karşılığı memurlara ve işçilere vermekten ibaret olan ve teselsül eden eylemlerinin sahte belgeleri düzenleyenlerin eylemlerine iştirak suçunu oluşturup VUK.nun 359/b-1 ve TCK.nun 80. maddelerine uygun bulunduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde TCK.nun 345. maddesi ile hüküm tesisi..." Yargıtay 11. CD. 2003/5778 E. 2004/5696 K. 23.6.2004 T. (www.kazanci.com)

<sup>170</sup> "...Sanığın temin ettiği 11.2.1997 ve 21.2.1997 tarihli sahte faturalarla Katma Değer Vergisi ziyama neden olduğu iddiaya uygun olarak kabul olunmasına, fiilin idarece 28.7.1997 tarihli tutanakla tespit edildiğinin anlaşılmasına göre, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 41. ve 45. maddeleri uyarınca suç tarihinin verginin tarhi için kanunda belirlenen sürenin bitimi olan 26.3.1997 olduğu ve vergi kaçakçılığı suçunun tamamlandığı gözetilerek, 4369 sayılı Kanunla değişik 213 sayılı Kanunun 359. maddesinin ( b-1 ) bendi ile ceza tayini yerine, eylem vergi kaçakçılığına teşebbüs suçu kabul olunarak sonradan vergi suçuna iştirakin düzenlendiği 360. madde uygulanarak hüküm kurulması..." Yargıtay 11. CD. 2000/6139 E. 2001/571 K. 31.1.2001 T. (www.kazanci.com); "...sanığın temin ettiği 8.2.1994 ve 18.2.1994 tarihli sahte faturalarla katma değer vergisi yanında kurumlar vergisi ziyama da neden olduğu kabul edilmesine göre, 5422 sayılı kurumlar vergisi kanununun 21, 28 ve 29. maddeleri uyarınca, suç tarihinin, verginin tarhi için kanunda belirlenen sürenin sonu olan 1.5.1995 olduğu gözetilerek suç tarihinde yürürlükte bulunan 4008 sayılı yasayla değişik 213 sayılı kanunun 359. maddesindeki ceza miktarı dikkate alınarak 4369 sayılı kanunla değişik 359/b-1 maddesiyle hüküm tesisi gerekirken, suç tarihi 1994 yılı kabul edilerek yazılı şekilde uygulanma yapılması suretiyle sanığa eksik ceza tayini..." Yargıtay 11. CD. 2000/5999 E. 2001/570 K. 31.1.2001 T. (www.kazanci.com); "...3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 41 ve 45. Maddeleri uyarınca suç tarihi verginin tarhi için Kanunda belirlenen sürenin bitimi olan bir sonraki ayın 26'sı olup Aralık 1999 ayında kullanılan sahte faturalar nedeniyle suç tarihinin 26.01.2000 olduğu ve anılan tarihten hüküm tarihine kadar zamanaşımının gerçekleşmediği gözetilmeden yazılı şekilde yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 2007/1008 E. 2008/1539 K 17.03.2008 T. (bkz. Karar metni için bkz. BAYKARA, s. 432)

başladığını kabul etmesi ceza hukuku ilkelerine aykırıdır. Vergilendirmede zamanaşımının, beyanname verme tarihine kadar uzatılmasının önemli bir nedenini kişinin beyannamesinde daha sonra yaptığı hatadan dönmesi ve beyannamesinin usulüne uygun bir şekilde düzenlenmesi olasılığı bulunduğu söylenebilse de suç teşkil eden bir fiil tamamlandığı anda kamu düzenini bozar ve işlenmiş sayılır.<sup>171</sup>

Vergi kaçakçılığı suçu VUK m. 367/1’de belirtilen görevliler haricinde öğrenen Cumhuriyet Savcısının, m. 367/2-3 uyarınca durumu ilgili vergi dairesine bildirmesi ve kamu davasının inceleme neticesinin bildirilmesine talik olunması halinde, bu zaman içinde veya bildirim yetkisi olmayan memur tarafından ve mütalaa olmaksızın Cumhuriyet Başsavcılığına ihbar yapılması durumunda; evrak gereği için vergi dairesine gönderilecek ve kamu davası mütalaa bildirimine kadar erteleneceğinden süre boyunca zamanaşımı duracaktır.<sup>172</sup> Ayrıca, VUK m. 367’deki usullere uyulmadan kamu davası açılması halinde mahkeme, durumu vergi dairesine bildirecek ve bu süre zarfında davayı durduracağından, vergi dairesinin inceleme sonucu gelene kadar zamanaşımının duracağı belirtilmektedir.<sup>173</sup> Kaçakçılık cezası için genel olarak sekiz yıl olan dava zamanaşımı süresinin kesilmesi durumunda, kesilme süresi TCK 67/4 uyarınca en fazla dört yıl uzar.

Kaçakçılık suçu ile bu suça iştirak edenlere verilecek cezaların süresi beş yıldan fazla olmayan hapis cezaları olduğu için, TCK m. 68/e gereğince kaçakçılıkta ceza zamanaşımı on yıldır. Ceza hukuku bakımından geçerli olan dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımına ilişkin genel kurallar bu suç bakımından da uygulama alanı bulur.

Vergi yasalarının uygulanmasıyla ilgili yetkili kişiler, yükümlüler hakkında önemli nitelikte bilgiler edinirler ve bu nedenle yasa koyucu bu bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılmasına engel olmak için VUK m. 5’i düzenlemiştir<sup>174</sup> ve VUK m. 362’de VUK’ta belirtilen ve vergi mahremiyetine

---

<sup>171</sup> Örneğin teşebbüs aşamasında kalan bir vergi suçu bakımından zamanaşımının son icra hareketinin yapıldığı tarihten başlaması gerekmesine karşın beyanname vermeyi beklemek büyük bir çelişkinin göstergesidir. Ancak Yargıtay’ın uygulaması aksi yönde olduğundan beyanname verilen ve bu durumda saptanan bir vergi suçu oluştuğunun anlaşılması karşısında zamanaşımı beyanname verilen kanuna özgü olarak düzenlenen beyanname tarihi esas alınmalıdır. Bkz. **DONAY**, s. 227, 228.

<sup>172</sup> **MUTLUER**, s. 214.

<sup>173</sup> **KARAGÖZ**, s. 228.

<sup>174</sup> Vergi mahremiyeti ile kastedilen vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurların, vergi mahkemelerinde, bölge idare mahkemelerinde ve Danıştay’da görevli olanların, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenlerin, vergi işlerinde kullanılan bilirkişilerin görevleri nedeniyle, mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin

uymak zorunda olan kimselerden bu mahremiyeti ihlal edenlerin, TCK m. 239'da öngörülen "ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması" suçu gereğince cezalandırılacağı belirtilmiştir. VUK m. 362 gereğince TCK m. 239/1'e göre tespit edilen ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olduğundan, bu suçlara ilişkin dava açma süresi TCK m. 66/1(e) gereği sekiz yıldır. Bu süre vergi mahremiyetine uymama fiilinin işlendiği günden itibaren işlemeye başlar.<sup>175</sup> İncelemede daha önce belirtilen dava zamanaşımının durmasına ve kesilmesine ilişkin ceza hukukuna hâkim olan ilkeler bu suç bakımından da uygulama alanı bulur.

TCK m. 67/1'de öngörülen dava zamanaşımını durduran nedenlerin vergi mahremiyetini ihlal cezası bakımından özellikle incelenmesi gerekir. Zira söz konusu hükümdeki izin ya da karara bağlı kovuşturmanın yahut bekletici sorunun olması bu durumda ortaya çıkar. Vergi mahremiyetini ihlal suçuyla ilgili olarak, şayet ceza davasının çözümlenmesi her şeyden önce başka bir mercide belirli bir sorunun çözümüne bağlı ise, söz konusu sorun çözülmedikçe ceza davası olduğu yerde durur.<sup>176</sup> Vergi mahremiyetinin ihlali

---

şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa edememeleri ve kendilerinin veya üçüncü şahısların nef'ine kullanamamalarıdır. Söz konusu yasak bu kimselerin görevlerinden ayrılışları dahi devam eder. Ancak, vergi güvenliğini sağlamak amacıyla gelir vergisi mükelleflerinin yıllık gelir vergisi, sermaye şirketlerinin Kurumlar Vergisi beyannamelerinde gösterdikleri matrahları (zarar dâhil) ve beyanları üzerinden tarh olunan gelir ve kurumlar vergileri ile mükelleflerin ad ve unvanları, bağlı oldukları vergi dairelerince beyannamelerin verildiği yıl içinde dairenin münasip yerlerine asılacak cetvellerle ilan olunur. Mükellefin bağlı bulunduğu teşekkül varsa, bu ilan orada da yapılır. (VUK m. 5)

<sup>175</sup> TAŞ, Fatma, Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu, Ankara 2008, s. 197.

<sup>176</sup> Örneğin vergi sırlarını ifşa etmeme kuralını ihlal eden yetkililerin soruşturulması ve kovuşturulması için belirli bir merciin izni gerekir. Bu suç, soruşturulması veya kovuşturulması izne veya karara bağlı suçlardan olduğu için ilgili yasanın gösterdiği idari merciden izin alınıncaya kadar geçen süre içinde ceza davası olduğu yerde durur. Bu durum Ay. m. 129/son'da memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlı olduğu şeklinde belirtilmiştir. Yani savcının ceza davası açabilmesi için, yetkili resmi makamların fail hakkında dava açılmasını uygun bulmaları gerekir. Ayrıca, 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılanması Hakkında Kanun m. 3'te soruşturma izni yetkisine sahip olan merciler belirtilerek, soruşturma izni bakımından m. 7 uyarınca yetkili merciinin, soruşturma izninin konusundaki kararını suçun ilgili fıkraya göre öğrenilmesinden itibaren ön inceleme dâhil en geç otuz gün içinde verileceği ve bu sürenin zorunlu hallerde onbeş günü geçmemek üzere bir defa uzatılabileceği öngörülmüştür.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu (HSK) m. 82'de hâkim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılmasının Adalet Bakanlığının



suçu bakımından öngörülen ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olduğu için, vergi sırrını ifşa edenler bakımından uygulanacak ceza zamanaşımı süresi on yıldır ve çalışmanın önceki bölümlerinde belirtilen ceza zamanaşımı ilgili ilkeler burada da geçerli olacaktır.

Yükümlünün özel işlerini yapma suçu VUK m. 363'te düzenlenmiştir. Bu hükümde VUK m. 6/son gereğince yükümlülerin vergi yasalarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini yapmaları yasak edilen memurlardan bu yasağa aykırı harekette bulunanların haklarında TCK m. 257'nin uygulanacağı öngörülmüştür. Söz konusu hareketlerle vergi ziyama neden olunması halinde, kişiye ayrıca VUK m. 344'e göre vergi ziyayı cezası kesilir. VUK m. 363'ün gönderme yaptığı "Görevi kötüye kullanma" başlığı altında düzenlenen TCK m. 257/1' de yazılı cezadır ve bu fıkradaki ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. TCK m. 66/1-e gereğince bu suç bakımından dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Süre yükümlünün özel işlerini yapmama suçunu ihlal ettiği tarih itibarıyla başlar. TCK m. 67/1'de belirtilen dava zamanaşımını durduran neden özellikle bu suç bakımından uygulama alanı bulur. TCK m. 68'de belirtilen ceza zamanaşımı hükümleri ile TCK m. 257/1'de belirtilen ceza süreleri birlikte düşünüldüğünde ceza zamanaşımı on yıldır. On yıllık süre mahkeme kararının kesinleşmesi ve üst yargı mercilerine başvuru yollarını tüketilmesi

---

iznine bağlı olduğu, Adalet Bakanı'nın inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle yaptırılabilceği belirtilmiştir. Ayrıca bu yasa m. 83 ile m. 88'de izin ile ilgili diğer hususlar belirtilmiştir. Ancak 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu (HSYKK) m. 9/3-ç gereğince Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda (HSYK) üçüncü dairesinin hâkim ve savcılarının görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını Kurul müfettişleri veya müfettiş yetkilerini haiz kıdemli hâkim veya savcı eliyle araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri ile inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin işlemler için HSYK başkanına yani Adalet Bakanına teklifte bulunması, ikinci dairesinin ise HSYKK m. 9/2-a-3 gereğince disiplin veya suç soruşturma ve kovuşturması nedeniyle geçici yetkiyle yer değiştirmesine veya görevden uzaklaştırılmasına karar vermek yetkisi düzenlenmiştir. Yani Adalet Bakanlığının bu konudaki yetkisi HSYK'ya devredilmiştir. HSYKK sonraki tarihli Kanun olduğundan, HSYKK hükümleri uygulanacaktır. Bu nedenle HSK'da da gereken değişikliklerin yapılarak bir uyumun sağlanması önerilebilir. HSYK'nın 16 nolu genelgesinde genelgede bahsi geçen ve soruşturmaya ilgili olan HSK hükümlerinde yer alan "Adalet Bakanlığı", "Adalet Bakanı" veya "Ceza İşleri Genel Müdürlüğü" ibarelerinin; Hâkimler, HSYK, ilgili Daireleri ve Kurul Başkanı olarak değiştirilmesinin inceleme ve soruşturmalar sırasında göz önünde tutulması gerektiği belirtilmişse de bu genelge 6524 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 39 ile yürürlükten 27.2.2014'te kaldırılmıştır. RG. 27.2.2014, S. 15.2.2014

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda soruşturma ve kovuşturma ile ilgili hükümlere ise m. 76'da yer verilmiştir ve bu maddenin ilk fıkrasında, Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işlemiş buldukları suçlardan dolayı, Danıştay Başkanının seçeceği bir daire başkanı ile iki üyeden oluşan bir kurul tarafından ilk soruşturma yapılacağı belirtilmiştir.

(itiraz, temyiz) ile işlemeye başlar. Ayrıca ceza zamanaşımının durması kesilmesi ile ilgili yukarıda bahsedilen hususlar burada da geçerlidir.

## **VI. VUK'UN VERGİ CEZALARINDAKİ ZAMANAŞIMI SÜRELERİ İLE OLAN UYUMSUZLUK SORUNU**

VUK'ta yer alan tahakkuk zamanaşımı sürelerinin, hem idari para cezalarına ilişkin zamanaşımı süreleriyle hem de adli para ve hapis cezalarına ilişkin zamanaşımı süreleriyle uyumlu olması gerekir. Aksi halde vergi suç ve ceza sisteminin işlemesinde aksaklıklarla karşı karşıya kalır.<sup>177</sup>

### **A. VUK'UN TCK İLE ARASINDAKİ UYUMSUZLUK SORUNU**

VUK'ta yer alan tahakkuk zamanaşımı süresiyle TCK'ya tabi olan vergi suçları bakımından dava zamanaşımı süresi arasında bir uyumsuzluk vardır.<sup>178</sup> Zira ceza hukuku anlamındaki suçlar için ceza yaptırımını uygulanabilirken, bu suç için vergi aslının tarhi yapılamamaktadır.<sup>179</sup>

VUK'ta beş yıllık tahakkuk zamanaşımı öngörülmüştür. Bu beş yıllık tahakkuk zamanaşımı aynı zamanda vergi inceleme yetkisinin kullanılma sınırını da belirler. Yine bu süre, yükümlülerin vergi karşısındaki durumunu kayıtlar üzerinden denetleme olanağı sağlayan defter ve belgelerin muhafaza edilmesini ve yetkililerin talebi halinde defter ve belgelerin ibraz edilmesinin zamansal sınırını oluşturur. Ayrıca idari para cezalarına ilişkin genel olarak beş yıllık ceza kesme zamanaşımı düzenlenmiştir. VUK'ta yer alan bu sürelerle karşı TCK m. 66'ya göre ise ceza hukuku anlamındaki vergi cezaları bakımından zamanaşımı süresi sekiz yıl olarak kabul edilmiştir. İdari para cezaları bakımından genel kanun niteliğindeki KK m. 20 uygulandığı takdirde, TCK ile her ne kadar uyum sağlansa da uyumsuzluk tahakkuk zamanaşımı bakımından devam eder. Örneğin sekiz yıllık dava zamanaşımı süresinin dolmadığı bir vergi suçunda, yükümlüler suçu nedeniyle hapis cezasına çarptırılabilirken verginin aslı tarhi edilemeyecektir. Yasal defter ve belgeleri muhafaza ve ibraz ödevi VUK m. 253'te beş yıl olarak belirtildiğinden bu sürenin bitiminde m. 359'da belirtilen, defter, kayıt ve belgeleri tahrif etme veya gizleme fiili hakkında sekiz yıllık dava açma zamanaşımı süresi olsa dahi kaçakçılık suç duyurusunda bulunulması mümkün olmayabilecektir. Bu nedenle sekiz

<sup>177</sup> KARAGÖZ, s. 238.

<sup>178</sup> Bu uyumsuzluk 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle söz konusu olmuştur. Zira 765 sayılı TCK döneminde beş yıla kadar olan hapis cezaları bakımından zamanaşımı süresi m. 102/4 gereğince beş yıldır.

<sup>179</sup> KARAGÖZ, s. 238.

yıllık zamanaşımı süresi bir bakıma işlevsiz kalacaktır.<sup>180</sup> Zira beş yıllık sürenin bitimiyle artık vergi incelemesi yapılması da talep edilemeyecektir ve buna bağlı olarak da VUK m. 367’de belirtilen kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasına ilişkin usul hükümleri de uygulama alanı bulamayacaktır.<sup>181</sup> Söz konusu sorunların giderilmesi için VUK’ta hükme bağlanan beş yıllık tahakkuk zamanaşımı, ceza kesme zamanaşımı, vergi inceleme süresi ve defter ve belgelerin muhafaza ve ibraz sürelerinin hürriyeti bağlayıcı bir fiil işleyenler için TCK’nın hükme bağladığı asgari dava zamanaşımı süresi olan sekiz yıla çıkartılması önerilmektedir.<sup>182</sup> Bu durum<sup>183</sup> kayıt dışı ekonominin kayda alınması başta olmak üzere, vergi kayıp ve kaçığının asgari düzeye indirilebilmesi, vergi suç ve ceza sisteminin aksamadan işleyebilmesine bakımından da önemli bir adım olacaktır. Böylece pek çok davanın açılmamasına veya düşmesine neden olan kısa zamanaşımı sürelerinin iyileştirilmesi söz konusu olabilecektir.<sup>184</sup>

## B. VUK İLE KK ARASINDAKİ UYUMSUZLUK SORUNU

Genel kanun niteliğinde olan KK hükümlerinin idari vergi cezalarında da uygulanması gerektiğine ilişkin<sup>185</sup> doktrinde yer alan görüşlere incelemenin önceki bölümlerinde değinilmişti. Söz konusu görüşler kabul

---

<sup>180</sup> AKTAŞ/ÖZGÜR, s. 241. Ancak örneğin tarh zamanaşımı süresi bitmesine karşın ibraz edilmiş olan kanuni defter ve belgeler üzerinden tespit edilen bilgiler ışığında kaçakçılık suçlarını gerektiren durumlar tespit edildiği takdirde ise ceza davası için sekiz yıllık süre içinde suç duyurusunda bulunulması gereklidir. Bkz. ARSLAN, s. 179.

<sup>181</sup> KARAGÖZ, s. 240.

<sup>182</sup> Ancak 8.2.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren 5728 sayılı ‘Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’da bu konu hakkında herhangi bir düzenlemeye gidilmemiştir.

<sup>183</sup> Ancak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 161’e göre Cumhuriyet Savcılarının soruşturma aşamasında bu konuda ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeleri bütün kamu görevlilerinden talep etme hakları bulunduğu gibi; aynı Kanun m. 63’e göre bu konuda yapılan soruşturma ve açılacak davalarda, Cumhuriyet Savcılıklarının veya ceza mahkemelerinin vergi denetim elemanlarını bilirkişi olarak atayarak söz konusu suçların tespit ve değerlendirilmesinde görevlendirilmeleri mümkündür. Bu şekilde görevlendirmede ise CMK’nın hükme bağladığı yetkiler kullanılacağından defter ve belgelerin ibraz ve saklanması hususunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 82/5’te belirtilen on yıllık muhafaza süresinin esas alınması da mümkün hale gelecektir. Bkz. DEMİRCİ, s. 35.

<sup>184</sup> KARAGÖZ, s. 240.

<sup>185</sup> Birbirinden çok farklı alanlarda farklı amaçlara hizmet edebilmesi için değişik şekillerde düzenlenebilecek ve uygulanabilecek olan idari yaptırımlardaki esnekliğin KK’nın genel kanun olma niteliği nedeniyle büyük ölçüde yok edildiği belirtilmiştir. Bkz. ERDEM, Tahir, ‘‘Yeni Ceza Yasası ve Kabahatler Kanunu’nun ‘‘Genel Kanun’’ Niteliği’’, Vergi Sorunları Dergisi, S. 231, Aralık 2007, 119.

edildiği takdirde, idari para cezalarına ilişkin ceza kesme zamanaşımı süresi, KK m. 20'de belirtilen hükümlere göre en uzun sekiz yıl olabilir. Bu durumda VUK'ta yer alan beş yıllık tahakkuk zamanaşımı karşısında, sekiz yıllık ceza kesme zamanaşımı bulunmaktadır. Beş yıl süreli tarh zamanaşımının dolduğu ve bu nedenle de vergi inceleme süresinin geçtiği<sup>186</sup> ancak sekiz yıllık ceza kesme zamanaşımı süresinin dolmadığı bir vergi suçunda, verginin aslı tarh edilemezken; yükümlülerin idari para cezasına çarptırılmaları ile karşı karşıya kalınabilecektir. Ayrıca beş yıllık defter ve belgelerin muhafazası ve ibraz süresine karşın sekiz yıllık soruşturma zamanaşımı süresi bulunacaktır. Bu durumda vergi suç ve ceza sisteminde uyumsuzluk ortaya çıkacaktır. Bu nedenle VUK'ta yer alan beş yıllık tarh zamanaşımı süresinin, vergi inceleme süresi ve defter ve belgelerin muhafaza ve ibraz sürelerinin; idari yaptırıma neden olan bir fiili işleyenler için, KK'nın hükme bağladığı asgari soruşturma zamanaşımı süresi olan sekiz yıla çıkartılması yönünde çözüm önerisinde bulunulabilir.

### **C. VERGİ CEZALARINDA ZAMANAŞIMININ BAŞLANGICINDAKİ UYUMSUZLUK SORUNU**

VUK'ta düzenlenen tahakkuk zamanaşımı süresinin, izleyen takvim yılını takip eden yılda başlaması ile dava zamanaşımının fiilin işlendiği tarihte başlaması arasında ortaya çıkan uyumsuzluk, uygulamada sorunların çıkmasına neden olabilecek niteliktedir.<sup>187</sup> Zira her iki zamanaşımı arasında en fazla bir yıllık bir süre farkı vardır. Örneğin, Ocak ayında işlenen vergi kaçakçılığı suçunda, dava zamanaşımı süresi hemen işlemeye başlamaktayken; vergi kaçakçılığı nedeniyle tarh edilemeyen vergi aslının tarhiyatında tarh zamanaşımı izleyen takvim yılının başından itibaren başlar. Şayet her iki zamanaşımı süresi eşit olsa bu durumda, vergi cezası için öngörülen dava zamanaşımı, tarh zamanaşımına göre daha önce biter. Bu durumda vergi aslı tarh edilip, idari para cezası kesilebileceği halde; hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilemez. Ancak söz konusu sorunun çözümüne yönelik herhangi bir öneri yoktur. Zira bu sorunun temelini vergi hukuku ve ceza hukuku arasındaki kurumsal farklılıklar oluşturmaktadır.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> VUK m. 138/2'de incelemenin, neticesi henüz alınmamış hesap dönemi de dâhil olmak üzere, tarh zamanaşımı süresi sonuna kadar her zaman yapılabileceği belirtilmiştir.

<sup>187</sup> DEMİRCİ, s. 28.

<sup>188</sup> KARAGÖZ, s. 241, 242.

## VII. SONUÇ

Vergi hukukunda zamanaşımına hukuk düzeninde yer verilmesiyle vergi yükümlüsüyle vergi idaresi arasındaki ihtilafın çözümü zamana bırakılır. Vergi idaresi uzun bir süre boyunca alacağını takip etmemişse bu durumda vergi alacağını elde etme ve talep etme hakkını yitirir. Ancak yükümlü isterse ödeme yapabilir. Bu nedenle zamanaşımı kurumu vergi hukuku bakımından kendine özgü niteliklere sahiptir. VUK m. 113'te belirtildiği üzere zamanaşımı süresinin geçmesiyle birlikte artık vergi alacağı kalkar ve bu tarihten sonra tahsil edilemez. Vergi suçlarında zamanaşımının dolması halindeyse suçun faili hakkında ceza verilemez. Vergi suçlarında dava zamanaşımının kesilmesi nedenlerinin bulunması halinde şayet bu nedenler vergi alacağı için de kesme ya da durma nedeni teşkil etmiyorsa bu durumda vergi alacağı ortadan kalkar.

İncelemede de görüldüğü üzere vergi sisteminde tarh zamanaşımı ve tahsil zamanaşımı olmak üzere iki temel zamanaşımı türü vardır. Tahakkuk zamanaşımı, VUK m. 113 ve m. 114'te düzenlenmiştir. Bu maddelere göre, vergi alacağı doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından itibaren başlayarak beş yıl içinde tarh ve yükümlüye tebliğ edilmezse zamanaşımına uğrar. Tahsil zamanaşımı ise, AATUHK m. 102, m. 103 ve m. 104'te düzenlenmiştir; söz konusu yasa m. 102'ye göre kamu alacağı, vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren beş yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar.

Vergi ceza hukukunda idari nitelikli ve ceza hukuku anlamındaki suç ve cezalar olmak üzere ikili bir yapı vardır. VUK'ta suç ve kabahat tipleri ile bunlara uygulanacak yaptırımlar belirlenmişse de, bunların tabi olduğu genel ilke ve kurallar konusunda yeterli düzenleme yapılmamıştır. Vergi cezalarında uygulanan zamanaşımı hükümleri idari nitelikte olan vergi ziyai cezası, özel usulsüzlük cezası ve genel usulsüzlük cezası bakımından ceza kesmede zamanaşımı bakımından doktrinde yer alan baskın görüşe ve uygulamaya göre VUK m. 374 uygulama alanı bulurken, azınlıkta kalan görüşe göre ise haklı olarak KK m. 20 uygulama alanı bulacaktır. Tahsil zamanaşımı bakımından baskın görüş AATUHK m. 102'nin uygulama alanı bulmasıyken, azınlıkta kalan görüş ise yine haklı olarak KK m. 21'de düzenlenen yerine getirme zamanaşımı hükmünün uygulanmasıdır. Her ne kadar VUK ve AATUHK, KK'ya göre özel nitelikte bir kanun olsa da KK diğer iki kanuna göre daha sonra yürürlüğe girmiştir ve m. 3'ü öngörmüştür. Bu nedenle de KK'nın uygulanması daha yerinde olur. Şayet KK'nın uygulanması istenmiyorsa bu durumda VUK'un ve AATUHK'nın ilgili hükümlerinde istenen şekilde değişikliğe gidilmelidir. Zira KK m. 3 emredici nitelikte bir hüküm olmayıp teselli niteliğinde bir hükümdür.

Sonradan ihdas edilen norm da kanun niteliğinde olacaktır ve bir kanun hükmünün diğer bir kanun hükmüne göre artı bir özelliği olamaz, birbirlerine eşdeğerdir. Burada özel-genel ve önceki-sonraki norm ilişkisi ortaya çıkar ve genel ilkelere göre çözüm yapılır.

Ceza hukuku anlamındaki kaçakçılık suçu, vergi mahremiyetine uymama suçu ve yükümlünün özel işlerini yapma suçu bakımından TCK m. 66 dava zamanaşımı; TCK m. 68 ceza zamanaşımı bakımından uygulama alanı bulur. İdari nitelikteki vergi suç ve cezaları bakımından VUK'ta sürelerin başlangıcı açısından, vergi hukukuna ilişkin bazı özellikler göz önünde tutularak ceza hukuku düzenlemelerinden farklı bazı hususlara yer verilmiştir. Ceza hukukunda dava zamanaşımı suçun işlendiği tarihte işlenmesine karşın, idari nitelikteki vergi suç ve cezalarından vergi ziyai suçunda vergi alacağının doğduğu takvim yılını izleyen yılın birinci günü, usulsüzlükte ise usulsüzlüğün yapıldığı yılı izleyen yılın birinci günü zamanaşımının başlayacağı belirtilmiştir. Ancak incelemede de belirtildiği üzere, VUK'ta düzenlenen vergi suçları bakımından hem KK ile hem de TCK ile uyumsuzluk sorunu vardır. Örneğin Yargıtay'ın vergi suçları bakımından fiilin işlendiği tarihi değil de beyan tarihini esas alması ya da VUK'ta hürriyeti bağlayıcı vergi cezalarına ait vergi asıllarının ve idari cezaların tarhiyatında tespit edilmiş beş yıllık zamanaşımı süresi ve vergi incelemeleri bakımından geçerli olan beş yıllık süre ile bu cezaların sekiz yıllık dava zamanaşımına tabi olmasında olduğu gibi. Bu nedenle söz konusu uyumsuzluğun giderilerek birbiriyle çelişmeyen bir vergi suç ve cezası siyasetinin yaratılmasında fayda vardır.

## **KAYNAKÇA**

- AKSOY**, Şerafettin: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, İstanbul 2010.
- AKTAŞ**, Murat/**ÖZGÜR**, Murat: “Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Hürriyeti Bağlayıcı Ceza Gerektiren Suçlarda Dava Zamanaşımı Süreleri (Eski ve Yeni Ceza Kanunu Bağlamında İrdelenmesi)-II”, Yaklaşım Dergisi, Y. 14, S. 161, Mayıs 2006, ss. 237-241.
- ANKARA TİCARET ODASI**: Gizli Af: Zamanaşımı Raporu, Ankara, 2006, (<http://www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=355&l=1>)
- ARSLAN**, Mehmet: Vergi Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2007.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- AY**, Ercan: Vergi Suç ve Cezaları, İstanbul 2006.
- BAYKARA**, Bekir: Teori ve Pratik Yönleriyle Vergi ve Vergi Ceza Hukuku, İstanbul 2008.
- BAYRAKLI**, Hasan Hüseyin, Vergi Hukukunun Temel İlkeleri, Afyon 1997.
- BAYRAKLI**, Hasan Hüseyin: Vergi Ceza Hukuku, Afyon 1996.
- BECCARIA**, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev. Sami Selçuk), Ankara 2010.
- BEKAR**, Elif: “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, 2011, C. 69, S. 1-2, ss. 1033-1050.
- BİLİCİ**, Nurettin: Vergi Hukuku, Ankara 2010.
- BURGUL**, Ferhat: Türk Ceza Kanunu’nda Dava ve Ceza Zamanaşımı, İstanbul 2009.
- CANDAN**, Turgut: Vergi Suçları ve Cezaları, Ankara 2010.
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006.
- ÇAĞAN**, Nami: Vergi Hukukunda Süreler, Ankara 1975.
- DEMİRBAŞ**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.
- DEMİRCİ**, Azmi: “Vergi Usul Kanunu’nda Düzenlenen Zamanaşımı Sürelerinin Yeni Türk Ceza Kanunu ile Uyumunu”, Vergi Dünyası Dergisi, S. 297, Mayıs 2006, ss. 28-35.
- DONAY**, Süheyl: Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, İstanbul 2008.
- DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. III, İstanbul 1997.

- EDİZDOĞAN**, Nihat/**TAŞ**, Metin/**CELİKKAYA**, Ali: Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Bursa 2007.
- ERDEM**, Tahir: “Yeni Ceza Yasası ve Kabahatler Kanunu’nun “Genel Kanun” Niteliği”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 231, Aralık 2007, ss. 106-119.
- ERDEM**, Tahir: “Kabahatler Kanunu’nun “Genel Kanun” Niteliği ve Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararının Değerlendirilmesi”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 218, Kasım 2006, ss. 130-157.
- ERGİNAY**, Akif: Vergi Hukuku, Ankara 1984.
- ERMAN**, Sahir: Vergi Suçları, İstanbul 1988.
- GERÇEK**, Adnan: “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Yapılan Değişikliklerden Sonra Vergi Cezalarının Durumu”, <http://www.vergidanismani.com/yazdir.asp?id=730>
- GERÇEK**, Adnan: Türk Vergi Hukukunda Tahsilât İşlemi ve Etkinliği, Bursa 2003.
- GÜZEL**, Bayram/**SİVRİKAYA**, Hamza: “Kabahatler Kanunu Kapsamında İdari Para Cezalarının Uygulama Esasları”, Vergi Sorunları Dergisi, S.209, Şubat 2006, ss. 44-56.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- HAKERİ**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008
- İÇEL**, Kayıhan/**AKINCI**, Füsün Sokullu/**ÖZGENÇ**, İzzet/**SÖZÜER**, Adem/**MAHMUTOĞLU**, Fatih S./**ÜNVER**, Yener: Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000
- KANETİ**, Selim: Vergi Hukuku, İstanbul 1989.
- KARABULUT**, Mustafa: İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara 2008.
- KARAGÖZ**, Berkan: Vergi Hukukunda Zamanaşımı, İstanbul 2008, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- KARAKOÇ**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, Ankara 2007.
- KILIÇ**, İbrahim: Vergi Hukukunda Zamanaşımı, <http://www.vergihaber.net/?p=752>
- KIRBAŞ**, Sadık: Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler, Kurumlar, Ankara 1984.
- KIZILOT**, Şükrü/**KIZILOT**, Zuhâl: Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Ankara 2010.
- KIZILOT**, Şükrü/**ŞENYÜZ**, Doğan/**TAŞ**, Metin/**DÖNMEZ**, Recai: Vergi Hukuku, Ankara 2006.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.



- KOCAHANOĞLU**, Osman Selim: Vergi Suçları Vergi Cezaları ve Kurtulma Yolları, İstanbul 1983.
- MUTLUER**, M. Kamil: Vergi Genel Hukuku, İstanbul 2006.
- NAS**, Adil: “Vergi Hukukunda Tarh Zamanaşımı”, AUHFD, C. 60, S. 2, Y. 2011, ss. 309-330.
- OKTAR**, Ateş: Vergi Hukuku, İstanbul 2008.
- ÖNCEL**, Mualla/**KUMRULU**, Ahmet/**ÇAĞAN**, Nami: Vergi Hukuku, Ankara 2010.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, M. Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pinar/**TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011. (Genel Hükümler).
- ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2006. (Gazi Şerhi).
- SOYASLAN**, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- ŞAHİN**, Ömer/**UÇAK**, Mehmet: “VUK’un 359 ve 360. Maddelerindeki Fiiller Yönünden Dava Zamanaşımı Süresi” Vergi Raporu Dergisi, S. 80, Şubat- Mart 2006, ss. 10-14.
- ŞENYÜZ**, Doğan: Vergi Ceza Hukuku, Bursa 2005.
- TAHSİLÂT GENEL TEBLİĞİ SERİ NO: 442** (RG. 12.05.2007, S. 26520.)
- TANER**, Fahri Gökçen: Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008.
- TAŞ**, Fatma: Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu, Ankara 2008.
- TAŞDELEN**, Aziz: “Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler”, AUHFD, C. 59, S. 4, 2010, ss. 767-795.
- TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2011.
- ULUATAM**, Özhan/**METHİBAY**, Yaşar: Vergi Hukuku, Ankara 1999.
- YAVAŞLAR**, Funda Başaran: “Vergi Suç Ve Kabahatleri Hukuku’nda Son Durum”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 2008/6, ss. 2839-2859.
- YERCİ**, Cahit: “Kabahatler Kanunu’nun Ek 1’inci Maddesi ya da Kabahatler Kanunu Vergi Cezalarını da Kapsıyor Mu?”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 228, Eylül 2007, ss. 7-21.
- YILMAZ**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005.
- YÜCE**, Turhan Tufan: Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985.
- ZAFER**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.



# 6352 SAYILI KANUN'LA KURULAN ÖZEL GÖREVLİ AĞIR CEZA MAHKEMELERİ\*

*Prof. Dr. Nur CENTEL\*\**

## I. Giriş

Devlet Güvenlik Mahkemeleri kaldırıldıktan sonra ülkemizde önce 2004 yılında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK m.394/a-394/d); sonra da büyük ölçüde aynı içerikle 1 Haziran 2005'de yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun özel yargılama usullerine ayrılan beşinci kitabında (CMK m.250-252) özel yetkileri bulunan ağır ceza mahkemelerinin kurulması öngörüldü<sup>1</sup>. Aynı hükümlerde bu mahkemelerin yetki alanına giren suçlar bakımından uygulanacak özel soruşturma ve kovuşturma usullerine de yer verildi. Bu düzenlemeler, yürürlükten kaldırılmış bulunan Devlet Güvenlik Mahkemelerinin soruşturma ve kovuşturma usulleriyle büyük ölçüde örtüşen düzenlemeler olduğundan<sup>2</sup>, aslında bu mahkemeler devlet güvenlik mahkemelerinin devamı olmuştur. Söz konusu mahkemeler, Yasa'da özel şekilde adlandırılmamış; ancak, uygulamada diğerlerinden ayrılabilmesi için, "özel

\* *Armağan Yayın Kurulunun Notu*: Bu makalenin tarafımıza teslim tarihi 25 Mayıs 2013'tür. Bu tarihten sonra, Terörle Mücadele Kanunu m.10/5'de gösterilen suçlarda tutuklama süresinin *iki kat* olarak uygulanacağına ilişkin hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından 4 Temmuz 2013 gün ve 2012/100 Esas-2013/84 Karar sayılı kararla iptal edilmiş (RG 02.08.2013 No.28726); 6352 sayılı Kanunla kurulan *özel görevli ağır ceza mahkemeleri* ise 21 Şubat 2014 gün ve 6526 sayılı Kanun m.1'le 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen geçici madde 14/1 ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 06.03.2014 No. 28933 Mükerrer). Yazarın isteğiyle makale bu haliyle yayımlanmıştır.

<sup>1</sup> 06.06.1983 Gün ve 2845 sayılı Kanun'la kurulan devlet güvenlik mahkemeleri şu yasalarla kaldırılmıştır: 07.05.2004 Gün ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, RG 22.05.2004 No.25469; 16.06.2004 Gün ve 5190 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kanun, RG 30.06.2004 No.25508.

<sup>2</sup> Devlet güvenlik mahkemeleri konusunda bak.O.K.Keskin, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Yapısı, Görevleri ve Yargılama Usulleri, Ankara 1987, 17 vd.; S.Keskin, "Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Organize Suçlardaki Yetkilerinin İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi", Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele, Panel 5 Ekim 2001, 121 vd.; N.Centel, "Adil Yargılanma Hakkı ve Askeri Yargı", Askeri Yargıtay'ın 89'uncu Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 2003, 27-52; H.Zafer, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin Hukuki Statüsü, Hukuk ve Adalet, 6-7 (Ekim 2005), 31-33.

yetkili ağır ceza mahkemeleri” olarak anılmıştır. Diğerlerine ise “genel yetkili ağır ceza mahkemeleri” denilmiştir<sup>3</sup>.

1412 Sayılı Yasa’da yapılan değişiklikle 2004 yılında özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin kurulmasının öngörüldüğü 5190 sayılı Kanun’un Gerekeşi’nde, bazı suçların soruşturulmasında klasik ceza muhakemesi tedbirlerinin yeterli olamayacağı, daha seri soruşturma-yargılama için uzmanlaşmış hakim ve savcılarının görev yaptığı ihtisas mahkemelerinin kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak yasa hükümleri bu mahkemelerin *ihhtis mahkemesi* değil, uygulamada konulan isimle tam örtüştüğü biçimde *yetkileri özel olan ağır ceza mahkemeleri* olduğunu göstermiştir<sup>4</sup>.

2 Temmuz 2012 gün ve 6352 sayılı Yasa’yla CMK m.250’ye göre kurulan özel yetkili mahkemeler kapatılmış, ancak 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m.10’da, özel yetkileri daha az da olsa bunların devamı sayılacak yeni mahkemelerin kurulması öngörülmüştür. Bu mahkemelere ise, *bölge ağır ceza mahkemeleri veya özel görevli ağır ceza mahkemeleri (terörle mücadele mahkemeleri)* denilmektedir. Bunları da ihtisas mahkemeleri olarak isimlendirmek mümkün değildir; görev alanlarına çok farklı suçlar girmektedir. Ancak görülmekte olan davalara, kesin hükümle sonuçlandırılmaya kadar CMK mülga m.250’ye göre kurulmuş olan (özel yetkili) mahkemeler bakmaya devam edecektir.

Aşağıda özel görevli ağır ceza (*terörle mücadele*) mahkemelerine özgü soruşturma ile kovuşturma evreleri ele alınmakta ve genel bir değerlendirme yapılmaktadır.

---

<sup>3</sup> Bak.N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2012, 809 vd.

<sup>4</sup> Karşılaştırmalı hukukta devlet güvenlik mahkemeleri benzeri mahkemeler Fransa’da kurulmuş, ancak sonra bunlar ihtisas mahkemelerine dönüştürülerek merkezileşme ve uzmanlaşma esas alınmıştır. İspanya’da terörle mücadele amacıyla 1977 yılında özel yetkili bir mahkeme kurulmuştur. Bu mahkeme, terör suçları, devlet güvenliği aleyhine işlenen suçlar, örgütlü suçlar, jenosit, uyuşturucu madde, sahtecilik suçları ile etkisi kent dışına çıkan suçlara bakmakla görevlidir. Bu suçlar bakımından gözaltı süreleri ve iletişimin denetlenmesi konularında özel düzenlemeler söz konusudur. İrlanda’da terör örgütleri ile organize suç örgütlerinin suçlarını yargılayan devlet güvenlik mahkemesi bulunmaktadır; İngiltere’de ise terör suçlarına, ağır suçların yargılanmasında görevli Crown Court bulunmaktadır. Bak.Ü.Kocasakal/V.S.Evik, “Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinde Yargılama Usulü”, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, TCHD, İstanbul 2009, 533-534.

## II. Özel Görevli Mahkemelerin Görev Alanına Giren Suçlar

### 1. Genel olarak

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası m.10'da gösterilmiştir<sup>5</sup>. Bu suçlar şunlardır:

- Terörle Mücadele Yasası kapsamına giren suçlar. Bunlar terör suçları ile terör amacıyla işlenen suçlardır (TMK m.3-4, 6-8)<sup>6</sup>.

- Türk Ceza Yasası'nda yer alan, 1) örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu, 2) haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar, 3) 305, 318<sup>7</sup>, 319<sup>8</sup>, 323, 324, 325 ve 332. maddeler hariç, İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar<sup>9</sup>. Bu suçların bir kısmı, terör suçu veya terör amacıyla işlenen suç olarak zaten kapsamda bulunduğu halde, CMK m.250'de olduğu gibi yine ikinci kez aynı mahkemenin yargı alanına dahil edilmiştir. Bu mahkemelerin görev alanına terör suçlarının yanı sıra bazı örgütlü suçlar ile örgütlü olmasa da devletin güvenliğine, anayasal düzene, milli savunmaya ve devlet sırlarına karşı suçlar girmektedir. Bu suç listesi,

<sup>5</sup> Bak.02.07.2012 gün ve 6352 sayılı Yasa m.75. RG 05.07.2012 No.28344.

<sup>6</sup> TCK m.302, 307, 309, 310/1, 311- 315 ve 320'de yazılı suçlar, terör suçlarıdır (TMK m.3). Şu suçlar ise, TMK m.1'de belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılır: a) TCK m.79-82, 84, 86-87, 96, 106-109, 112-118, 142, 148- 149, 151-152, 170, 172-174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213-215, 223-224, 243-244, 265, 294, 300, 316-318, 319/2, 310/2, b) 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan suçlar, c) 6831 sayılı Orman Kanunu m.110/4,5'deki kasten orman yakma suçları, ç) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, d) Anayasanın 120.maddesi uyarınca olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar, e) 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.68'de tanımlanan suç. Bak.29.06.2006 Gün ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.2, 3. RG 18.07.2006 No.26232.

<sup>7</sup> TCK m.318'de tanımlanan "Halkı askerlikten soğutma" suçu, terör amacıyla ve bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğinde bu mahkemeler tarafından yargılanacaktır. Bak.29.06.2006 gün ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.3. RG 18.07.2006 No.26232.

<sup>8</sup> TCK m.319'da tanımlanan "Askerleri itaatsizliğe teşvik" suçu, terör amacıyla ve bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğinde bu mahkemeler tarafından yargılanacaktır. Bak.29.06.2006 gün ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.3. RG 18.07.2006 No.26232.

<sup>9</sup> Dördüncü Bölüm "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" (TCK m.302-304, 306-308), Beşinci Bölüm "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" (TCK m.309-316), Altıncı Bölüm "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" (TCK m.317, 320-322), Yedinci Bölüm Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" (TCK m.326-331, 333-339) başlığını taşımaktadır.

adı geçen mahkemelerin Terörle Mücadele Kanunu kapsamında düzenlenmesini anlamsız kılmaktadır.

Belirtelim ki, özel görevli ağır ceza mahkemelerinin yargılama alanına giren suçları gösteren TMK m.10 kapsamı CMK mülga m.250/1’de olduğu gibi, yine yeteri kadar açık değildir. *Örgüt faaliyeti, haksız ekonomik çıkar sağlama* gibi kavramların nasıl anlamlandırılacağı belirsizdir. *Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçların* da belirlenmesi kolay değildir. Uygulamada eğilim, örgüt kavramını genişletme ve cebir-tehdit uygulanıp uygulanmadığı konusunda tereddüt uyanan hallerde suçun özel yetkili mahkeme tarafından soruşturulmasını sağlama yönünde olmuştur<sup>10</sup>.

## 2. Sıfata bağlı istisnalar

Terörle Mücadele Yasası m.10/1 ve 4’de gösterilen suçları işleyenler özel görevli ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Ancak, Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay’ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ve askeri mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır (TMK m.10/2)<sup>11</sup>. Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturma, bu mahkemeler nezdinde görevli savcılar tarafından bizzat yapılır (TMK m.10/3-a). TCK m.302, 309, 311-316’da düzenlenen suçlar hakkında görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa da Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. Ancak, bu suçlar söz konusu olsa dahi 01.11.1983 gün ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Yasası m.26 hükmü saklıdır (TMK m.10/3-b)<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Bak. H.Y. Aktan, “Özel Yetkili Cumhuriyet Savcılarının Yetkilerinin Sınırları”, 25.02.2010 Günlü Cumhuriyet Gazetesi.

<sup>11</sup> “Uyuşmazlık mahkemesi kararlarında da kabul edildiği üzere, bölücü terörle mücadele ile ilgili Türk Silahlı Kuvvetlerinin tüm faaliyetlerinin askeri nitelikte olması ve askeri mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümleri saklı tutan CMK 250/3 hükmü ve 353 sayılı Kanun m.9’un *askeri mahkemeler kanunlarda yazılı olmadıkça asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişilerin aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler*, hükümleri uyarınca görevsizlik kararı verilerek dosyanın görevli askeri mahkemeye gönderilmesi”, Y1CD, 01.11.2007-1068/7811. A.Parlar/M.Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat II (m.219-335), Ankara 2008, 1557.

<sup>12</sup> 2937 Sayılı Kanun’un 26.maddesine göre, “MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında

Özel görevli mahkemelerin görev alanına giren diğer suçlar ve görevliler bakımından ise 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun hükümleri uygulanacak, yani yetkili merciin izin vermesi koşulu aranacak ve özel görevli savcı doğrudan doğruya soruşturma yapamayacaktır.

Belirtelim ki, TMK m.10/2 hükmü, CMK mülga m.250/3 ikinci cümleden aynen alınmıştır. Burada yine iki ayrı düzenleme bulunmaktadır. İlkine göre, “Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay’ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler”; ikincisine göre ise, “askeri mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler” saklıdır. İlgili maddede Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay’ın görevleriyle ilgili sınırlandırma yapılmaksızın “hükümler” ibaresine yer verilmiş olması, bu kişilerle ilgili soruşturma ve kovuşturma usullerinin bir bütün olarak korunduğunu, özel görevli savcılarının soruşturma yapamayacağını göstermektedir<sup>13 14</sup>.

Buna karşılık, TMK m.10/2’de “Anayasa mahkemesi ve Yargıtay’ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler” denildiği halde askeri mahkemelerin “görevlerine” vurgu yapılmış olması ise, asker kişilerin, askeri mahkemelerin görevine girmemek koşuluyla sayılan suçlardan dolayı özel görevli ağır ceza mahkemelerinde yargılanabileceklerini ve dolayısıyla özel görevli savcılarının soruşturma yapabileceklerini göstermektedir<sup>15 16</sup>.

---

soruşturma yapılması Başbakanın iznine bağlıdır”. Bak.17.02.2012 Gün ve 6278 Sayılı Kanun m.1, RG 18.2.2012 No.28208.

<sup>13</sup> Aksine yaklaşımın, anılan kişilerle ilgili düzenlemelerin ikiye bölünmesi, örneğin Cumhurbaşkanı hakkında TBMM kararı aranmaksızın, Başbakan hakkında ise Meclis soruşturması ve kararına gerek kalmaksızın CMK m.250/1’de yazılı suçlardan dolayı özel yetkili savcı tarafından soruşturma yapılabileceği ve Yüce Divan’da dava açılabilceği anlamına geleceği, bunun ise Anayasa’ya ve diğer düzenlemelere göre olanaksız olduğu konusunda bak. H.Y.Aktan, “Özel Yetkili Cumhuriyet Savcılarının Yetkilerinin Sınırları II”, 26.02.2010 Günlü Cumhuriyet Gazetesi.

<sup>14</sup> Birinci sınıfa ayrılmış olanlar ile ağır ceza mahkemesi heyetine dahil bulunan hakim ve savcılar hakkında özel yetkili Cumhuriyet savcılarının CMK mülga m.251 kapsamında soruşturma yetkilerinin bulunmadığı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı Vekili tarafından soruşturma yapılarak yetkili ve görevli Yargıtay ilgili ceza dairesinde dava açılacağı konusunda bak.H.Y.Aktan, “Özel Yetkili Cumhuriyet Savcılarının Yetkilerinin Sınırları I-II”, 25-26.02.2010 Günlü Cumhuriyet Gazeteleri.

<sup>15</sup> CMK mülga m.250’de önce “savaş ve sıkıyönetim hali dahil” ibaresi “savaş ve sıkıyönetim halinde” olarak değiştirilmiş (26.06.2009 gün ve 5918 sayılı K.m.7), sonra da “savaş ve sıkıyönetim halinde” ibaresi Anayasa Mahkemesi’nin 21.01.2010-2009-52/2010-16 sayılı kararıyla iptal edilmiştir (RG 27.01.2010 No.27475).

<sup>16</sup> Asker kişileri, askeri mahkemelerin görev alanına girmeyen suçlarından dolayı adli yargı mahkemelerinde ve dolayısıyla özel görevli ağır ceza mahkemelerinde yargılanabilir. 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’na göre askeri mahkemeler, yasalarda aksi gösterilmedikçe, asker kişileri şu suçlardan dolayı yargılama yetkisine sahiptir (m.9): -asker kişinin askeri olan suçları, - asker kişinin asker kişileri aleyhine işledikleri suçlar,

Öte yandan, özel görevli ağır ceza mahkemeleri, görevlerine giren söz konusu suçlardan dolayı ancak yetişkinleri yargılayabilir. Çocuklar, TMK m.10 uyarınca kurulan özel görevli mahkemelerde yargılanamaz ve bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri onlar bakımından uygulanmaz (TMK m.10/6).

### **3. Davaların birleştirilmesi**

Bir kişi birden fazla suçtan sanık olur veya bir suçta birden fazla sanık bulunur ise, davalar arasında bağlantı olduğundan, bunlar birlikte görülebilir (CMK m.8) Bağlantılı suçlardan her birinin değişik mahkemelerin görevine girmesi halinde ise bunlar birleştirilerek yüksek yetkili mahkemede dava açılabilir (CMK m.9). Özel görevli mahkemenin bakacağı bir dava ile başka bir dava arasında bağlantı bulunduğu, birleştirme engeli olmaması koşuluyla, özel görevli mahkeme o davaya da bakabilir.

Önceki uygulamada özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yargılama usulünde sanık ve müdafî yönünden bazı kısıtlamalar bulunduğu, bu mahkemeler bakımından bağlantının daraltılması yararlı görülmekteydi<sup>17</sup>. Özel yetkiler azaltılmış olmakla birlikte, aynı yaklaşım özel görevli ağır ceza mahkemeleri bakımından da söz konusu olmalıdır. Bir suç diğerinin unsurunu veya delilini oluşturmadıkça ya da uygulanacak yaptırımın niteliğini veya süresini etkilemedikçe, ilgili davalar arasında bağlantı bulunduğu kabul edilmemeli ve davalar birleştirilmemelidir.

## **III. Özel görevli mahkemelerin kurulması**

### **1. Genel olarak**

Adliye ceza mahkemeleri, sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleridir. Bu mahkemeler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığı'na kurulur<sup>18</sup>. Bunların dışında, özel yasalarla da, ceza mahkemeleri kurulabilir ve bunlar, özel yasalarda gösterilen dava ve işleri görmekle görevli olurlar<sup>19</sup>.

---

- asker kişinin askeri mahallerde işledikleri suçlar, - asker kişinin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlar. Askeri mahkemeler savaş zamanında ise asker kişilerin işledikleri suçlara ilişkin tüm davalara bakmaya yetkilidir (353 sayılı Yasa m.14).

<sup>17</sup>Bak. A.Kınacı, "Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinde Yargılama Usulü", Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, TCHD, İstanbul 2009, 517 vd.

<sup>18</sup> Bak. 26.09.2004 Gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.9. RG 07.10.2004 No.25606.

<sup>19</sup> 5235 Sayılı Adli Teşkilât K. m.8, 15.



Genel yetkili ağır ceza mahkemeleri, kural olarak, il veya ilçelerde kurulmaktadır. İş durumuna göre, bu mahkemelerin daireleri oluşturulabilir (Adli Teşkilât K. m.9/4).

Buna karşılık, özel görevli ağır ceza mahkemelerinin örgütlenme şekli TMK m.10/1’de gösterilmiştir. Terörle Mücadele Yasası kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar, Adalet Bakanlığı’nın önerisi üzerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülecektir. Ayrıca, diğer bazı suçlardan dolayı açılan davalara da bu mahkemelerde bakılır (TMK m.10/1, 4)<sup>20</sup>.

Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri gibi özel görevli ağır ceza mahkemelerinin de bir yerdeki genel ağır ceza mahkemesinin bir dairesi mi olacağı, yoksa onun dışında mı sayılacağı Yasa’da gösterilmemiştir<sup>21</sup>.

Bu konuda şöyle düşünülmelidir: 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yasa hükümlerine göre, Adalet Bakanlığı bir ilde bir ağır ceza mahkemesi kurabilir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da iş durumuna göre bu ağır ceza mahkemesinin bazı dairelerini, yargı çevrelerini birkaç ili kapsayacak şekilde genişleterek TMK m.10/1 ve 4’de gösterilen suçları yargılamakla görevlendirebilir. Dolayısıyla, 5235 sayılı Yasa hükümleri karşısında, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun sahip olduğu bir yetkinin Terörle Mücadele Yasası m.10/1’de tekrarlanması gereksiz olmuştur; çünkü *özel görevli ağır ceza mahkemeleri* denilen bu mahkemeler, buldukları ağır ceza mahkemesinin yargı çevresi genişletilmiş dairelerinden ibarettir. Önemli olan, hangi suçların bu dairelerin görev alanında olduğunun yasayla gösterilmesidir<sup>22</sup>.

Özel görevli mahkemelerin başkan ve üyeleri Adli Yargı Adalet Komisyonu’nca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez (TMK m.10/1 cümle 2).

---

<sup>20</sup> Bir yerde bir mahkeme kurulup iş yoğunluğuna göre, o mahkemenin daireleri oluşturulacağına göre, CMK mülga m.250/2’de gelen iş durumuna göre, yine Adalet Bakanlığı’nın teklifi üzerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca, aynı yerde birden fazla *ağır ceza mahkemesi kurulmasının ve mahkemelerin numaralandırılmasının* öngörülmesinin isabetli olmadığı konusunda bak. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 822.

<sup>21</sup> CMK mülga m.250’ye göre kurulan özel yetkili mahkemelerin yargılama birliğine aykırı olduğu eleştirisi için bak.Kocasakal/Evik, 534.

<sup>22</sup> Bak. Centel/Zafer (2011), 822; Zafer, “Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin Hukuki Statüsü”, Hukuk ve Adalet, 6-7 (Ekim 2005), 31-33.

## 2. Yer yönünden yetkinin kapsamı

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin yer yönünden yetkileri, güvenlik nedeniyle duruşmanın başka yerde yapılması dışında, yargı çevreleriyle sınırlıdır.

Bu mahkemeler ancak kendi yargı çevreleriyle ilgili işlerde karar alabilir. Nitekim önceki dönemde Yargıtay, Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan herkes şüpheli görülerek iletişimin denetlenmesi konusunda ülke genelini kapsayacak şekilde özel yetkili ağır ceza mahkemelerine yetki verilemeyeceğini; kolluk birimlerinin buldukları yerler itibarıyla yetkili olduklarını ve sınırsız bir yetki tanımak suretiyle iletişimin denetlenmesinin kararlaştırılmayacağını belirtmiştir<sup>23</sup>.

## IV. Özel Görevli Mahkemelerde Cumhuriyet savcıları

Mahkeme teşkilatı bulunan her il merkezi ve ilçede o il veya ilçenin adıyla anılan bir Cumhuriyet başsavcılığı kurulur. Cumhuriyet başsavcılığında, bir Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı görevlendirilir (Adli Teşkilât K. m.16).

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlarda soruşturma, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca, bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu Cumhuriyet savcıları, Cumhuriyet başsavcılığınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez (TMK m.10/3-a).

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda soruşturmanın yürütülmesi bakımından Ceza Muhakemesi Yasası'ndaki genel ilkeler geçerli olacaktır. Yasa'da savcılar arası istinabe öngörüldüğünden (CMK m.161/1), savcı gerektiğinde bu yola başvuracak, kendi görev alanı dışına bizzat giderek soruşturma yapamayacaktır<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> “Anılan yasal düzenlemelerin amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alınıp değerlendirildiğinde; amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan insanlar şüpheli görülerek Ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin buldukları yerler itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı CMK'nın 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğu açıktır.”, Y9CD, 04.06.2008-874/22381, www.kazanci.com ; Karar için ayrıca bak.S.Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, 60.

<sup>24</sup> CMK mülga m.251/3'e göre, soruşturmanın gerekli kıldığı hallerde, suç mahalli ile delillerin bulunduğu yerlere gidilerek soruşturma yapılması mümkündür.

## V. Özel Görevli Mahkemelerde Özgürlük Hakimleri

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda öngörülen genel kurala göre, soruşturma aşamasında hakim tarafından yapılabilecek olan soruşturma işlemlerini yapma yetkisi işlemin yapılacağı yer sulh ceza hakimindedir (CMK m.162).

Özel görevli mahkemelerin görev alanına giren suçlar hakkında yürütülen soruşturmalarda ise hakim tarafından yapılabilecek olan işlemleri, özel olarak görevlendirilen hakimler yapacaktır. Bu hakimler sadece tutuklamaya değil, tutuklamanın yanı sıra her biri bir temel hak veya özgürlüğe müdahale teşkil eden arama, elkoyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi vb. gibi koruma tedbirlerinin uygulanmasına veya müdafinin soruşturma dosyasının içeriğini inceleme ve belgelerden örnek alma yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin talepleri inceleyerek karara bağlayacaklardır.

Nitekim, Terörle Mücadele Yasası'na göre, yürütülen soruşturmalarda hakim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve sadece bu işlere bakmak üzere yeteri kadar hakim, basındaki isimlendirmeye *özgürlük hakimleri* görevlendirilir (TMK m.10/3-c).

## VI. Özel Görevli Mahkemelerde Kolluk

Kolluğun adli işlemler esnasındaki amiri Cumhuriyet savcısıdır (CMK m.161, 164/2). Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatı doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir (CMK m.164/2)<sup>25</sup>.

Adli kolluk amirine yer gösterme konusunda özel bir yetki tanınmıştır. Şöyle ki, kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheliye yer gösterme işlemini yaptırma yetkisi kural olarak Cumhuriyet savcısına aittir. 6352 Sayılı Yasa'yla yapılan yollama dolayısıyla, CMK mülga m.250/1'de gösterilen suçlar söz konusu olduğunda ise adli kolluk amiri de yer gösterme işlemi yaptırmaya yetkilidir (CMK m.85/1; 6352 sayılı K. geç.m.2/7)<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Özel ihzar yetkisine ilişkin CMK m.251/6 hükmü Terörle Mücadele Kanunu'na alınmamıştır.

<sup>26</sup> 6352 Sayılı Kanun geç.m.2/7'de, mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerine yapılmış olan yollamaların, Terörle Mücadele Kanunu m.10/1'de belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılması öngörülmektedir. CMK mülga m.250/1'e göre özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar şunlardır: Türk Ceza Yasasında yer verilen a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya

Öte yandan, özel görevli mahkemelerin görev alanına giren suçlardan Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bulunanların sözkonusu olduğunda, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır. Kolluk görevlilerinin ifadelerine başvurulması gereken hallerde çıkarılan davetiye veya çağrı kağıdı iş adreslerine tebliğ edilir. Bu kişilere ait ifade ve duruşma tutanaklarında adres olarak iş yeri adresleri gösterilir (TMK m.10/3-f).

## VII. Özel Görevli Mahkemelerin Görevine Giren

### Suçlarda Tutukluluk Süreleri

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin yargılama alanına giren suçların bir kısmında tutukluluk süreleri, diğer suçlar için belirlenmiş olan sürelerden farklıdır<sup>27</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.102'ye göre, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez. O halde, genel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görevine giren ağır cezalı suçlarda tutuklama süresi uzatmayla birlikte en fazla *beş yıl* olabilir. Bu süreler, Yasa'da gösterilen istisnalar dışında özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar bakımından da geçerlidir.

İstisna olarak, özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlardan TCK m.305, 318, 319, 323-325 ve 332 hariç olmak üzere, ikinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlarda ise, Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanacaktır (TMK m.10/5)<sup>28</sup>. Dolayısıyla, bu suçlarda tutuklama süresi en çok *dört yıldır*. Bu süre, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam *altı yılı geçemez*. O halde, bu suçlarda toplam tutukluluk süresi en çok *on yıl* olabilir. Belirtelim ki, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi tarafından bir davada *temyizde geçen sürenin tutukluluktaki makul süreden sayılmadığı gözetilerek tutukluluk halinin devamına* oy çokluğuyla karar verilmiştir<sup>29</sup>. Bu görüşün

---

suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu, b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar, c) TCK 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, milli savunmaya, devlet sırlarına karşı suçlar (İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar).

<sup>27</sup> 02.07.2012 Gün ve 6352 sayılı Kanun m.75. RG 05.07.2012 No.28344.

<sup>28</sup> Bu suçlar, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" arasında yer alan devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, milli savunmaya, devlet sırlarına karşı suçlar ile casusluk suçlarıdır.

<sup>29</sup> Bak.Y3CD, 18.1.2011-14175/20.

benimsenmesi halinde tutuklulukta yasal üst süreler aşılmış olacaktır. Ancak, tutukluluk sürelerinin Yargıtay içtihatlarıyla uzatılması hukuka aykırıdır<sup>30</sup>.

Bu sürelerin çok uzun olduğu kuşkusuzdur. Ayrıca, bu süreler aşılmasa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tutuklu kalınan süreyi makul bulmayarak adil yargılama ilkesinin ihlal edilmiş olduğu sonucuna ulaşması mümkündür.

Öte yandan, özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar büyük ölçüde *bir tutuklama nedeninin var sayılabildiği* yasal karineler arasında yer almaktadır (CMK m.100/2). Bu suçlarda ise tutuklamanın mecburi olduğu yanlış algısı bulunmaktadır. Bu nedenle, bu mahkemelerin görev alanına giren suçlarda şüpheliler ile sanıkların tutuklu olarak yargılanması uygulamada adeta kural haline gelmiştir.

### **VIII. Müdafilik görevinden yasaklanma**

Ceza Muhakemesi Yasası'na göre, suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m.220) ve silahlı örgüt kurma (TCK m.314) suçları ile terör suçlarından tutuklu olanların müdafiliğini üstlenen seçilmiş veya atanmış müdafî veya hükümlü vekili hakkında aynı suçlardan dolayı kovuşturma açılan hallerde Cumhuriyet savcısının talebiyle mahkeme tarafından müdafilik görevinden yasaklanma kararı verilebilir (CMK m.151/3-6). Bu halde avukat tutuklunun müdafiliğini yapamaz ve yasaklanma süresince (başka davalarla ilgili de olsa) müdafiliğini üstlendiği kişiyle tutukevinde görüşemez (CMK m.151/5-6)<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.5/3'de yakalanan ve tutuklananın makul sürede yargılanma hakkı tanınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tutukluluk süresini "makul sürede tutuklu yargılanma" adı altında bu madde kapsamında incelemekte ve sürenin bitiş tarihini "ilk derece mahkemelerinde suçlamanın esası hakkında karar verildiği gün" olarak kabul etmektedir (Bak. Wemhoff/Almanya, 27.6.1968; Labita/İtalya, başvuru no: 26772/95).

<sup>31</sup> Yasaklama süresi bir yıldır; altı aydan fazla olmamak üzere iki kez uzatılabilir. Kovuşturma sonunda mahkumiyet dışında bir karar verilmesi halinde, yasaklanma kararı hükmün kesinleşmesi beklenmeksizin kendiliğinden son bulur. Yasa'da avukata isnat edilen suç ile savunmasını üstlendiği suç arasında organik bir bağlantının bulunması aranmadığı gibi; yasaklanmanın yasaklanma kararı verilmesine neden olan tutuklu veya hükümlünün dava ve işleriyle ilgili olacağı da açıkça gösterilmemiştir. Bu durum yasağın geniş kapsamlı uygulanmasına sebebiyet verebilir. Bu tür yasaklanmanın müdafîin savunduğu sanığın suçuna katılması veya müdafilik görevi dolayısıyla sahip olduğu yetkileri kötüye kullanması hallerinde ve olguya dayanan kuvvetli şüphe aranması koşuluyla hukuka uygun görülebileceği, aksi takdirde masumiyet karinesinin ihlal edilmiş olacağı konusunda bak. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 193-194.

## IX. Özel Görevli Mahkemelerin Görevine Giren Suçlarda Soruşturmanın Özellikleri

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlarda, aşağıda gösterilen istisnalar dışında Ceza Muhakemesi Yasası hükümleri uygulanır.

Önceki dönemde soruşturma evresinde özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlardan Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alanlar için müdafii sayısında sınırlandırma<sup>32</sup>, müdafii terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde tutukluyla denetim altında görüşmesi ve yazışması<sup>33</sup>, müdafii dosyayı inceleme yetkisinin hiç bir belgenin gösterilmemesi suretiyle kısıtlanması<sup>34</sup> şeklindeki istisnai hükümler yürürlükten kaldırılmıştır<sup>35</sup>.

### 1. Gözaltı süresi

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlardan yakalananlar için gözaltı süresi kırksekiz saattir (TMK m.10/3-ç). Gözaltı süresi, yakalanan kişinin yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren kırksekiz

<sup>32</sup> Ceza Muhakemesi Yasası'na göre, soruşturma evresinde ifade alınmasında üç müdafii hazır bulunabileceği halde, TMK 10.maddenin 6352 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki c fıkrasında terör suçlarından veya terör amacıyla işlenen suçlardan şüpheli olanların gözaltı süresince sadece bir müdafii hukuki yardımından yararlanması ve şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken ancak bir müdafii hazır bulunması öngörülmekteydi. Bu sınırlarıcı hüküm TMK m.10'un yeni düzenlemesinde bulunmadığından, CMK m.149/2 uyarınca ifade alınmasında üç müdafii hazır bulunabilir.

<sup>33</sup> Almanya'da istisna olarak mahkemenin, başka suçtan da tutuklu bulursa, terör örgütüne üyelikten şüpheli veya sanık olanların müdafii ile yazışmalarının ve diğer gönderilerin hakim tarafından denetlenmesine karar verebileceği, müdafii ile şüphelinin denetlemeyi onaylamaları halinde, gönderilerin ilgisine iletilmeyip geri yollanacağı, yazılı iletişimin bu şekilde denetlendiği hallerde, müdafii ile şüphelinin görüşmesinde bunların iletilmesini engelleyecek tedbirlerin alınacağı ve bu denetlemeyi gerçekleştiren hakimin artık aynı davada hakim veya savcı olarak görev yapamayacağı gibi öğrendikleri bakımından tanıklıktan çekinme yükümlülüğü altında da bulunduğu konusunda bak.Wessing in Graf, Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen Kommentar, München 2010, §148, k.no.15 vd.; §148a k.no.1 vd

<sup>34</sup> Alman hukukunda müdafii, mahkemeye sunulmuş (*soruşturma evresinde*) veya davanın açılması halinde sunulacak olan (*soruşturma evresinde*) belgeleri incelemeye ve aynı şekilde resmi olarak muhafaza altına alınan delilleri görmeye yetkilidir (Alman CMK m.147/1). "Deliller" ile el konulmuş veya dosyada ya da başka bir yerde koruma altına alınmış olan tüm nesnelere kastedilmektedir. Bak.L.Meyer-Goßner, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, München 2010, §147, k.no.19; Wessing in Graf, §147, k.no.13 vd.

<sup>35</sup> Ayrıca, Cumhuriyet savcısının mahkemenin yetki alanı dışına çıkmasına olanak tanıyan CMK m.251/3-4, doğrudan doğruya ihzar yetkisi tanıyan CMK m.251/6, kamu kurum ve kuruluşları ile personelinden yararlanma olanağını tanıyan CMK m.251/7, olağanüstü hal durumunda toplu suçlarda gözaltı süresinin 7 güne kadar uzatılmasına olanak sağlayan CMK m. 251/5 hükümleri de yürürlükten kaldırılmıştır.

saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre, oniki saatten fazla olamaz. TMK m.10/3-ç'de sadece CMK m.91/1'de 24 saat olan gözaltı süresinin 48 saat olarak uygulanması öngörüldüğünden, yol süresinin uzaması söz konusu değildir; yol süresi en fazla oniki saattir. Ceza Muhakemesi Yasası'nın gözaltı süresi dışındaki hükümleri, özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlar bakımından da geçerlidir.

Toplu olarak işlenen suçlarda gözaltı süresi, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet savcısı tarafından her defasında bir günü geçmemek üzere, iki gün süreyle yazılı olarak uzatılabilir (CMK m.91). Gözaltı süresinin uzatılması emri, gözaltına alınana derhal tebliğ edilir.

Toplu olarak işlenen suçlarda gözaltı süresinin uzatılması olanağı bulunduğu göre, toplu olmayan suçlarda CMK mülga m.250'de olduğu gibi TMK m.10'da da genel düzenlemeden ayrılma nedeni anlaşılamamaktadır. Bu mahkemelerin görev alanına giren ve toplu olmayan suçlarda da gözaltı süresi 48 değil, CMK m.91/1'de öngörüldüğü gibi 24 saat olmalıdır.

## **2. Yakalamanın bildirilmesi**

Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle *bir yakınına* veya *belirlediği bir kişiye* gecikmeksizin haber verilir (CMK m.95/1).

Özel görevli mahkemelerin görev alanına giren suçlardan Terörle Mücadele Yasası'nda yer alanlar söz konusu olduğunda ise, yakalama ve gözaltına ilişkin bildirimler, soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği hallerde, Cumhuriyet savcısının emriyle yakalananın sadece *bir yakınına* yapılır (TMK m.10/3-d).

Buna karşılık, özel görevli ağır ceza mahkemelerinin yargı alanına giren diğer suçlar söz konusu olduğunda, söz konusu bildirimler, Ceza Muhakemesi Yasası hükümleri uyarınca, yine Cumhuriyet savcısının emriyle şüphelinin *bir yakınına* veya *göstereceği bir kişiye* yapılır (CMK m.95). Böylece, özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar bakımından burada, tutuklama sürelerinde olduğu gibi, ikili bir uygulama öngörülmüştür.

## **3. Tutuklu veya hükümlünün gözaltına alınması**

6352 Sayılı Yasa'yla yapılan yollama dolayısıyla, TMK m.10/1'e göre görevlendirilen ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarla ilgili

olarak alınan bilgilerin doğruluğunun araştırılması bakımından zorunlu görülen hallerde, hükümlü ve tutuklular *rızalarıyla ve hakim kararıyla* infaz kurumundan alınabilir (CGİK m.92/2; 6352 sayılı K. geç.m.2/7)<sup>36</sup>.

*İddia makamı, bir suç sebebiyle yürütülen soruşturma evresinde, o suçun aydınlatılması için, aynı veya farklı bir suçtan tutuklu bulunan şüpheli, sanık veya hükümlünün, tanık veya şüpheli olarak dinlenmesine, yer gösterme işleminde ya da bir keşif işleminde hazır bulunmasına gerek duyabilir.*

Böyle bir durumda tutuklu veya hükümlünün kurumdan çıkartılması için hangi suçtan tutuklu veya hükümlü bulunduğu önemli değildir<sup>37</sup>. Ancak, tutuklu veya hükümlünün kurumdan alınma nedeni, onun TMK m.10 kapsamında gösterilen suçlarla ilgili olarak başlatılan soruşturmada alınan bilgilerin doğruluğunun araştırılması bakımından zorunlu görülen adli işlemlerde hazır bulundurulması olmalıdır. Kurumdan alınma ise herhangi bir adli işlemin yapılmasıyla sınırlandırılmamıştır. Başlatılan soruşturmada elde edilen bilgilerin doğruluğunun araştırılmasına olanak veren ifade alma, yer gösterme, yüzleştirme ve teşhis yaptırma, tıbbi muayeneye tabi tutma gibi tüm soruşturma işlemleri bu hükmün kapsamındadır<sup>38</sup>.

Kurumdan çıkartılmayı TMK m.10'da gösterilen suçlardan dolayı başlatılan soruşturmayı yürütmeye yetkili olan Cumhuriyet başsavcılığı istemiş ve buna TMK m.10/3-c'de gösterilen *özgürlük hakimi* karar vermiş

---

<sup>36</sup> 6352 Sayılı Kanun geç.m.2/7'de, mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerine yapılmış olan yollamaların, Terörle Mücadele Kanunu m.10/1'de belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılması öngörülmektedir. CMK mülga m.250/1'e göre özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar şunlardır: Türk Ceza Yasasında yer verilen a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu, b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar, c) TCK 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, milli savunmaya, devlet sırlarına karşı suçlar (İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar). TMK m.10 6352 sayılı Yasayla değiştirilirken, CGİK m.92'nin Terörle Mücadele Yasası kapsamına giren suçlar bakımından da uygulanacağına ilişkin "g" bendine yeni hükümde yer verilmemiştir.

<sup>37</sup> Ayrıntılı bilgi için bak.H.Zafer, "Hükümlülerin İnfaz Kurumundan, Tutukluların Tutukevinden Adli İşlemler Nedeniyle Çıkartılmaları (CGİK m.92/2)", Hukuk ve Adalet, Ceza İnfaz Reformu, 9 (2007), 35-38.

<sup>38</sup> Yasa'da sadece *yer gösterme sırasında* yapılan işlemlere ilişkin belgelerin bir örneğinin ilgilinin dosyasında muhafaza edilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi öngörülmüştür. Bunun nedeni, sadece bu işlemin yapılabilecek olması değil, TMK m.10'da gösterilen suçlar söz konusu olduğunda, bu işlemin savcının yanı sıra kolluk amiri tarafından da yapılabilecek olmasıdır (CMK m.85). Bak. Zafer, 36.



olmalıdır<sup>39</sup>. Hakim kararı, kurumdan alınma nedenlerini ve bu nedenleri haklı kılan somut olayları içermelidir<sup>40</sup>.

#### 4. Koruma Tedbirleri

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ile teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine TCK m.220'de yer alan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamındaki örgüte üye olma, örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmadan örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme, örgütün veya amacının propagandasını yapma eylemleri sözkonusu olduğunda baş vurulamaz (CMK m.135/6-a-8, 139/7-a-2, 140/1-a-5).

Ancak, özel görevli mahkemelerin görev alanına giren suçlardan Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bulunanlarla ilgili olarak bu istisnalar uygulanmaz, yani bu haller sözkonusu olduğunda da adı geçen koruma tedbirlerine başvurulabilir (TMK m.10/3-h)<sup>41</sup>.

#### 5. Müdafiden yararlanma

Müdafinin gözaltında veya tutuklu bulunan şüpheli ile *görüşme ve ona hukuki yardımda* bulunma yetkisi vardır (CMK m.149/3). Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafisi ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir (CMK m.154).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şüpheli ya da sanığın soruşturmanın erken aşamalarından itibaren müdafie erişme olanağına sahip olmasının savunma hakkı açısından büyük bir önem taşıdığını ifade etmektedir<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Bu konuda CMK mülga m.250'de yer alan özel yetkili mahkemeler döneminde infaz hakiminin yetkili olması gerektiği görüşü için bak.Zafer, 37.

<sup>40</sup> Kurum dışında geçirilecek süre hakim tarafından belirlenmeli ve her defasında dört günü ve hiçbir surette onbeş günü geçmemelidir. Hakim, hükümlü veya tutuklunun bir gün süreyle kurum dışına çıkartılmasına da karar verebilir; her defasında dört gün kurum dışına çıkarmaya karar verme mecburiyeti yoktur. Ceza infaz kurumundan ayrılma ve dönme esnasında hükümlü veya tutuklunun sağlık durumu hekim raporuyla tespit edilir. Bu denetim, re'sen gerçekleştirilir. Bak. N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2011, 336.

<sup>41</sup> Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m.220), özel görevli mahkemelerin görevine giren suçlardan olmamakla birlikte, örgüt kapsamında işlenen suçların bu mahkemelerin görevine girdiği hallerde bağlantı nedeniyle bu suç da özel görevli ağır ceza mahkemelerinde görülecektir.

<sup>42</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargılamanın adil sayılması açısından sanığın müdafisi yardımından fiilen ve gerçekten yararlanmış olup olmadığı konusunu denetlemektedir. Bak. Kom.R. Can/Avusturya, 12.07.1984, I/İsviçre, 14.05.1992, Kom.R. Biondo/İtalya, 8.12.1983, Rosa Tripodi/İtalya, 14.10.1992, F.Gölcüklü/Ş.Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre, terör suçu şüphelilerinin müdafii ile ilk 24 saatte görüştürülmemesi genel kural değil, somut dayanakları gösterilen olaya özgü bir uygulama olmalıdır<sup>43</sup>.

Hukukumuzda ise, özel görevli mahkemelerin görev alanına giren terör suçlarından veya terör amacıyla işlenen suçlardan şüpheli olanların gözaltında müdafiiyle görüşme hakları Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararıyla *yirmidört saat süreyle* kısıtlanabilir. Bu süre içerisinde ifade alınmaz (TMK m.10/3-e). Burada karar vermeye yetkili hakim, TMK m.10/3-c'de gösterilen özgürlük hakimidir.

Önceki dönem uygulamasında bu kısıtlama adeta kural haline gelmiştir. Bu süreçte kolluğun olabildiğince şüpheliyi konuşturmaya çalıştığından ve bu arada onu yorduğundan, örneğin uyumasını hatta oturmasını engellediğinden şikayet edilmiştir.

#### **X. Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlarda kovuşturmanın özellikleri**

Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçların kovuşturulması bakımından CMK mülga m.252'de öngörülen istisnai düzenlemeler büyük ölçüde TMK m.10'a aktarılmamıştır. Dolayısıyla, TMK m.10/1'e göre kurulan özel görevli ağır ceza mahkemeleri ile (kapatıldıkları halde) bakmaya devam edecekleri davalar bakımından CMK mülga m.250'de öngörülen özel yetkili mahkemeler tarafından yapılacak olan yargılamalarda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'ndaki genel kurallar uygulanacaktır.

---

2002, k.no.543. Mahkeme, sorgulamanın başında avukatın yokluğunu, adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmektedir. Bak.K.Magee/Birleşik Krallık ve Averill/Birleşik Krallık, 06.06.2000, Gölcüklü/Gözübüyük (2002), k.no.545/a. Öyle ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, tutuklu sanığın avukatıyla görüşmesinin önlenmesi, adil yargılanmanın yanı sıra mahkemeye başvurma hakkının da ihlâlidir. Bak.K.Golder/Birleşik Krallık, 21.02.1975, Gölcüklü/Gözübüyük (2002), k.no.545/c.

<sup>43</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.02.1996 tarihli John Murray/Birleşik Krallık kararında gözaltına alınan kişinin avukatıyla görüşmesinin 48 saat boyunca engellenmesini 28.10.1994 tarihli kararında *hukuki yardımın ceza yargılamasının ilk aşamalarından itibaren sağlanmasının gerekli olduğu* gerekçesiyle Sözleşme m.6/1 ile m.6/3-c'yi ihlal ettiğine karar verdiğini hatırlatmaktadır. Ancak Mahkeme daha sonra Brennan/Birleşik Krallık davasında, diğer suçluların haberdar olabileceği gerekçesiyle başvurunun 24 saat süreyle avukatıyla görüşmesinin engellenmesini Sözleşme'ye aykırı görmemiş; suça dahil olduğu iddia edilen diğer kişilerin durumu öğrenmeleri riskinin bulunmasını makul bir gerekçe saymıştır. Mahkemenin bu sonuca ulaşmasında, şüpheliden ilk 24 saat boyunca kendi kendini suçlayan nitelikte bir ifadenin alınmamış olması etkili olmuştur. Bak.S.Cengiz/ F.Demirağ/ T.Ergül/ J.McBride/ D.Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, 177.

CMK mülga m.252'de özel yetkili mahkemeler için kovuşturma evresine özgü görevsizlik kararı verilmesi<sup>44</sup>, tebligat yapılmasında özel araçlara başvurulması<sup>45</sup>, sanık ile müdafinin yokluğunda duruşma yapılması<sup>46</sup>, sanık veya müdafinin duruşmadan çıkartılması<sup>47</sup>, iddia ve savunma süresinin sınırlandırılması<sup>48</sup>, yayın yasağı konulması<sup>49</sup> hükmün açıklanmasının geri bırakılmaması<sup>50</sup> şeklindeki istisnai hükümler yürürlükten kaldırılmıştır.

Özel görevli mahkemelerde yapılacak yargılamalar bakımından genel kurallardan farklı olan düzenlemeler şunlardır:

### 1. Adli tatilde yargılamaya devam edilmesi

Genel kurallardan farklı olarak bu mahkemelerde açılan davalara adli tatilde de bakılacaktır (TMK m.10/3-ğ). Yasa koyucu bu davaları ivedi sayılan hususlar kapsamında görmüştür (CMK m.331/2). Genel kural ise ceza işlerini gören makam ve mahkemelerin her yıl 1 Ağustos-5 Eylül arasında tatil olunmasıdır (CMK m.331/1).

---

<sup>44</sup> CMK mülga m.252/1-g'de özel yetkili ağır ceza mahkemeleri hakkında CMK m.6 hükmünün uygulanmayacağı gösterilmekteydi. Dolayısıyla, iddianamenin kabulünden sonra yargılamanın genel yetkili ceza mahkemelerinin görev alanına girdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilebilirdi.

<sup>45</sup> CMK mülga m.252/1-h'da özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yetki alanına giren suçlardan yargılanan veya bu suçlara tanık olanların kendilerine veya onlar adına tebligat yapılacak kimselere tebligat yapılamaması hallerinde, işin ivediliğine göre basın veya diğer kitle iletişim araçlarıyla tebligat yapılabilmesine olanak tanınmaktaydı.

<sup>46</sup> CMK mülga m.252/1-b'ye göre, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde, sanık sayısının çok fazla olması durumunda, duruşmanın bazı oturumlarının, kendilerini etkileyen bir hal ortaya çıktığı takdirde esaslı noktaların sonraki oturumda kendilerine bildirilmesi koşuluyla o oturumla ilgileri bulunmayan sanıkların yokluğunda yapılmasına karar verilebilirdi.

<sup>47</sup> CMK mülga m.252/1-f'ye göre özel yetkili mahkemelerde başkan, duruşmanın düzenini bozan sanığı veya müdafii, o günkü oturumun tamamına çıkmamak üzere duruşma salonundan çıkartabilirdi. Sonraki oturumların da sanığın veya müdafinin yokluğunda yapılmasına mahkeme karar verebilirdi.

<sup>48</sup> CMK mülga m.252/1-d'de özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde görülen davalarda, esas hakkındaki iddiasını bildirmesi için Cumhuriyet savcısına, katılan veya vekiline, iddialara karşı savunmasını yapması için sanık veya müdafine makul bir verilmesi öngörülmekteydi.

<sup>49</sup> CMK mülga m.252/1-e'ye göre özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda mahkeme, duruşmanın düzen ve disiplinini bozan sözlü veya yazılı beyan ve davranışlarla mahkemeye, mahkeme başkanı veya üyelerden herhangi birine, Cumhuriyet savcısına, müdafie, zabıt katibine yahut görevlilere tahkir oluşturan söz ve davranışlar hakkında yayım yasağı koyabilirdi. Sanık, mağdur, davaya katılan ile vekili kapsama alınmamıştı.

<sup>50</sup> TMK mülga m.13'de Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlar bakımından, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi, verilen hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya hükmün infazının ertelenmesi yasaklanmıştı.

## 2. Duruşmanın başka yerde yapılabilmesi

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda mahkeme, güvenliğin sağlanması bakımından *duruşmanın başka bir yerde yapılmasına* karar verebilir (TMK m.10/3-g).

Ceza Muhakemesi Yasası'nda bu konuda öngörülen kural ise, yer yönünden yetkili çevrede davanın görülmesinin kamu güvenliği bakımından tehlike yaratacak olduğu hallerde, davanın (dosyanın) Adalet Bakanlığının istemi, Yargıtay'ın kararıyla başka yargı çevresine gönderilmesidir (CMK m.19/2). Yargıtay, Adalet Bakanlığının gösterdiği nedenlerle bağlı bulunmaksızın davanın nakline gerek olup olmadığına, gerek varsa nereye nakledileceğine karar verir. Kamu güvenliği nedeniyle başka yere nakledilen dava, nakil sebebi ortadan kalksa da geldiği yere geri gönderilemez<sup>51</sup>.

## 3. Gizli tanık dinleme

Belli suçların tanıkları hakkında koruma kararı alınabilir (CMK m.58/2)<sup>52</sup>. Bir çoğu özel görevli mahkemelerin görev alanına giren bu suçlar şunlardır: 1) Türk Ceza Kanunu'nda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar, 2) suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen, alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar, 3) terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar (Tanık KK m.3)<sup>53</sup>.

Tanık koruma tedbirlerinin başında tanığın kimliğinin gizli tutulması ve duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi gelmektedir (Tanık KK m.5).

Tanığın koruma altına alınmasına, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise Cumhuriyet savcısı veya tanığın istemi üzerine veya re'sen mahkeme tarafından karar verilir (KK m.6/1). Bu şekilde dinlenen tanıkların beyanları, Ceza Muhakemesi Yasası hükümlerine göre

<sup>51</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 530.

<sup>52</sup> 27.12.2007 Gün ve 5721 sayılı Tanık Koruma Kanunu, RG 05.01.2008 No.26747.

<sup>53</sup> Yasa'ya göre, üçüncü kişi *tanıklar ve mağdur tanıklar* ile bu kişilerin Yasa'da sayılan belirli derecedeki *akrabaları* veya *yakın ilişki içerisinde oldukları kişiler* tanık koruma programından yararlanabilir. Belirli derecedeki akrabalar, dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, ikinci derece dahil kan veya kayın hısımları ile evlatlık bağı bulunanlardır (Tanık KK m.2/1,4/1-b). Korunması gereken tanıklar Yasa kapsamında sayılan suçların tanığı olabilecekleri gibi; bu suçların soruşturulmasında görev alan kişiler de olabilir (Tanık KK m.22/1).

duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir (Tanık KK m.9/7)<sup>54</sup>. Haklarında koruma tedbiri alınan tanıkların dinlenmesine ilişkin hükümler savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz (Tanık KK m.9/10). Koruma altındaki tanıkların gizli veya ses ve görüntü değiştirilerek dinlenmeleri halinde, beyanları tek başına hükme esas teşkil etmeyecektir (Tanık KK m.9/8)<sup>55</sup>.

## **XI. Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlarda kanun yolları**

### **1. Genel olarak**

Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri tarafından verilen son kararlara karşı olağan ve olağanüstü kanun yollarına başvurulabilir. İstinaf mahkemeleri kuruluncaya kadar bu mahkemelerin kararlarına karşı 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası hükümleri uyarınca temyiz yoluna gidilebilecektir.

### **2. İtiraz kanun yolu**

Ceza Muhakemesi Yasası hükümleri uyarınca hakim kararları ile yasada gösterilen hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraza başvurulabilir (CMK m.267).

Hakim veya mahkeme kararına karşı itiraz, yasanın ayrıca hüküm koymadığı hallerde, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde, kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşuluyla, zabıt katibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla

---

<sup>54</sup> Koruma altına alınan tanığın özellikle görüntüsü değiştirilerek dinlendiği hallerde, hakimin, tanığın psikolojik durumunu ve fiziksel tepkilerini izlemesi çok zordur. Böyle bir yöntemin, CMK m.217/1'in "Hakim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hakimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir" hükmüne uygunluğu kuşkuludur. Bak. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 433; M.Feyzioglu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, 271-272. Sadece kolluk tarafından gizli dinlenmiş olup da kovuşturma aşamasında usulüne göre dinlenmeyen tanık beyanının hükme esas alınamayacağı konusunda bak.Y10CD, 27.03.2008-2007-25667/4879, B.Turgut, Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması, Ankara 2010, 289 vd.

<sup>55</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mahkûmiyet kararının sadece gizli tanık beyanlarına dayandırılmadığı hallerde yargılamanın bütünü itibarıyla adil sayılabileceği görüşündedir. Bak. AİHM, Doorson/Hollanda, 26.03.1996-20524/92. Turgut, Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması, 109. Ayrıca bak.F.Turhan, "Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa Göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi". 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 1-3 Haziran 2008 (Editör:B.Öztürk), Ankara 2009, 394.

tespit edilen beyanı ve imzayı, mahkeme başkanı veya hakim onaylar. Kararına itiraz edilen hakim veya mahkeme, itirazı yerinde gördüğünde kararını düzeltir; aksi takdirde, en çok üç gün içinde dosyayı itirazı incelemeye yetkili olan (üst) mercie gönderir<sup>56</sup>.

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçların soruşturulmasında hakim tarafından verilmesi gereken kararları TMK m.10/3-c'de gösterilen hakimler (*özürlük hakimleri*) verecektir. Aynı hükümde, bu hakimlerin verecekleri kararlara itirazı incelemek üzere yeteri kadar hakim görevlendirilmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla, özel görevli mahkemelerin görev alanına giren suçlarla ilgili olarak yürütülen soruşturmalarda verilen hakim kararlarına karşı itirazları Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından görevlendirilen *itiraz hakimleri* inceleyecektir (TMK m.10/3-c).

Yasa'da, *kovuşturma evresinde* özel görevli mahkeme kararlarına karşı yapılan itirazları hangi mercinin inceleyeceği ise gösterilmemiştir.

Bu mahkemeler, ağır ceza mahkemesinin birer dairesi olduklarından, CMK m.268/3-c'ye göre, bu mahkemelerin kararlarına karşı yapılan itirazları, kararına itiraz edilen özel görevli daireyi numara olarak izleyen daire, merci sıfatıyla incelemelidir. Özel görevli daireyi izleyen daire, diğer bir özel görevli daire olabileceği gibi; genel yetkili bir daire de olabilir<sup>57</sup>. Örneğin, bir ağır ceza mahkemesinin üçüncü dairesi özel görevli mahkeme olarak görev yapıyor ve o mahkemenin başka özel görevli dairesi de yok ise, bir numaralı genel yetkili daire itirazı inceleyebilmelidir<sup>58</sup>. Çünkü, itirazı inceleyecek olan genel görevli daire suçluluk konusunda bir değerlendirme yapmayacak; itiraza konu ara kararın haklılığını inceleyecektir. Bu tür incelemeler, uzmanlık gerektirmeyen incelemelerdir.

Uygulamada, özellikle tutuklamaya itiraz incelemesi şikayete konu olmakta ve gerekli görüldüğünde savcı ile müdafinin dinlenmesine ilişkin hüküm (CMK m.271) etkin biçimde işletilmektedir. İtiraz mercii, kararını vermeden önce Cumhuriyet savcısının itiraz konusundaki görüşünü yazılı

---

<sup>56</sup> İtirazı incelemeye yetkili merciler şunlardır: 1) Sulh ceza hakiminin kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları asliye ceza mahkemesi hakimine aittir. 2) Sulh ceza işleri, asliye ceza hakimi tarafından görülüyorsa, itirazı inceleme yetkisi, ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanına aittir. 3) Ağır ceza mahkemesi ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir (CMK m.268).

<sup>57</sup> Bak.Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 829.

<sup>58</sup> Diğer yargı çevresindeki özel görevli dairesinin merci olarak görev yaptığını kabul etmenin, yürürlükte olmayan 2845 Sayılı DGMK m.18 hükmünü uygulamaya devam etmek anlamına geleceği görüşü için bak. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 829.

olarak almakta, onu dinleme yoluna gitmemektedir. Savcının yazılı görüşü müdafie bildirilmemekte ve müdafinin yazılı görüşü de alınmamaktadır. Bu durumun, tutuklamaya karşı itiraz hakkını güvenceleyen İHAS m.5/4'e aykırı olduğu kuşkusuzdur. Olması gereken, tutuklamaya itiraz incelemesinin duruşmalı yapılması ve görüşlerini açıklayabilmeleri için şüpheli ile müdafinin de hazır bulunmalarına fırsat tanınmasıdır<sup>59</sup>. Savcı dosyanın tamamına hakim olduğu halde tutukluya veya müdafine bu olanağın tanınmaması, savunmasını sözlü olarak yapmasını ve tutukluluk halinin devamını haklı göstermek için dayanılan gerekçelere gereği gibi itiraz etmesini engelleyecektir. Bu durumda silahlarda eşitlik sağlanamayacak ve çelişmelilik ilkesine uyulmamış olacaktır<sup>60</sup>.

### **3. Temyiz kanun yolu**

Özel görevli ağır ceza mahkemelerinin kararlarına karşı, genel kurallara göre temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesini, ilgili Yargıtay dairesi yapar.

### **4. Olağanüstü kanun yolları**

Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin kararlarına karşı, koşulları bulunduğu olağanüstü kanun yollarına başvurulabilir.

## **XII. Değerlendirme ve Sonuç**

Örgütlü suçlarla mücadelede ceza muhakemesi yasalarının genel kurallarının yetersiz kaldığını düşünen yasa koyucular, bu suçların soruşturulmasında yeni ya da ek önlemler, yargılanmasında farklı yöntemler gösterme ve/veya bu suçları yargılamak üzere özel mahkemeler kurma yoluna gitmişlerdir. Ancak bu kez de özel yetkiler öngören hükümlerin amaca uygun biçimde uygulanmaması ve hukuk devleti/adil yargılanma ilkeleri ile çelişmesi sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Ülkemizde devlet güvenlik mahkemeleri deneyimi bunun bir örneğidir. Oluşma biçimi ve özel yetkileri bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılama ilkesiyle çelişen bu mahkemeler, Avrupa İnsan

<sup>59</sup> Nitekim, itiraz incelemesinin çelişmeli olması, taraflar arasında eşitliğin ve yargı süreci güvencelerinin sağlanması İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından vurgulanan hususlardır. Bak. Ilijkov/Bulgaristan, 33977/96, 26.07.2001. Mahkeme'ye göre, itiraz incelemesine ilişkin duruşma aleni yapılmak zorunda olmamakla birlikte (Reinprecht/Avusturya 67175/01, 15.11.2005), tutuklu ile müdafinin katılımıyla yapılmalı ve inceleme çelişmeli olmalıdır (Grauzinis/Litvanya, 37975/97, 10.10.2000; Mamedova/Rusya, 7064/05, 01.06.2006). Bu bakımdan, Yasa'da itiraz merciine taraflara bildirme ve onları dinleme konusunda takdir hakkı verilmiş olması Mahkeme'nin kararlarıyla çelişmektedir.

<sup>60</sup> Lamy/Belçika, 10444/ 83, 30.03.1989.

Hakları Mahkemesi'nin eleştirileri sonucunda kapatılmıştır. Diğer bir örnek, yürürlükten kaldırılmış bulunan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu olmuştur<sup>61</sup>. Bu Yasa'nın yürürlükte olduğu dönemde, mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda bulunmayan iletişimin dinlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik takip gibi delil elde etme yöntemleri diğer suçlar için de kullanılmak istenmiş; bu amaçla zaman içerisinde, öyle olmadığı halde çok sayıda olayın *örgütlü suç*, dolayısıyla 4422 sayılı Kanun kapsamında görülmeye çalışılması sorunu ortaya çıkmıştır<sup>62</sup>.

Bu konudaki son deneyim ise özel yetkili mahkemelerdir. Bu mahkemelere verilen özel yetkiler uygulamada sık sık savunma hakkının kısıtlanmasına ve adil yargılama ilkesinin ihlal edilmesine yol açmıştır. CMK mülga m.250'ye göre kurulmuş olan bu mahkemeler halen kapatılmış, daha doğrusu özel yetkileri azaltılarak *özel görevli* veya *bölge ağır ceza mahkemelerine* ya da basındaki isimlendirmeye "*terörle mücadele mahkemeleri*"ne dönüştürülmüştür (TMK m.10/1)<sup>63</sup>. Şimdi bir adım daha atılarak, bu mahkemelerin tamamen kaldırılması zamanı gelmiştir.

Mevcut düzenlemeye ilişkin olarak söylenebilecekler ise şunlardır: Terörle Mücadele Kanunu'nda değişiklik öngörerek özel görevli mahkemeleri kuran 6352 Sayılı Yasa'da ceza muhakemesine ilişkin hükümler gibi mahkemelerin teşkiline ilişkin hükümler bakımından da geçerli olan "derhal uygulanma" ilkesine uyulmamış, kapatılan özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin ellerindeki davalara kesin hükümle sonuçlandırılıncaya kadar bakmaya devam etmeleri öngörülmüştür. Kapatılmış mahkemelerin yargı yetkisinin devam ettirilmesi hukuk devleti ve yargılama birliği ilkeleriyle çelişmektedir. Bu davalarda yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilemeyecektir. Bununla birlikte, CMK mülga m.252'deki özel yetkileri içermeksizin yeniden düzenlenen TMK m.10 hükmünün kovuşturmayla ilişkin hükümleri bu davalarda da uygulanacaktır (6352 sayılı Kanun geç.m.2/4).

<sup>61</sup> 30.07.1999 Gün ve 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu 01.04.2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Bak.23.03.2005 Gün ve 5320 sayılı Kanun m.18/1-d.

<sup>62</sup> 4422 Sayılı Yasa'nın hazırlanmasında görev almış bulunan Öztürk'ün Yasa'nın uygulanmasına ilişkin eleştirileri için bak. B.Öztürk/ D.Tezcan/ M.R.Erdem/ Ö.Sırma/ Y.Saygılar/ E.Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2010, 714.

<sup>63</sup> 02.07.2012 Gün ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun geç.m.2/4. RG 05.07.2012 No.28344.



Belirtelim ki, önce 1412 sayılı mülga CMUK m.394a, sonra 5271 sayılı CMK mülga m.250 uyarınca kurulan (ve kapatıldıkları halde mevcut dosyaları kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar yargılamaya devam edecek olan) özel yetkili ağır ceza mahkemelerine tanınan yetkiler 1983 yılında kurularak 2004 yılında kaldırılan devlet güvenlik mahkemelerinin başka isim altında sekiz yıl daha varlıklarını sürdürmelerine sebebiyet vermiş; ancak bu mahkemeleri kapatan 5190 Sayılı Kanun'un Gerekçesinde gösterilen "seri yargılama, uzmanlaşmış hakim ve savcı" hedeflerine ulaşamamıştır.

6352 Sayılı Yasa'yla öngörülerek Terörle Mücadele Kanunu m.10'a göre kurulan özel görevli mahkemelere terör suçlarından başka suçları da yargılama görevi verilmiştir. Bu durum, bu mahkemelerin kuruluşunun Terörle Mücadele Kanunu'nda düzenlenmesini anlamsız kılmaktadır.

Özel görevli mahkemelerin görev alanına giren suçlar bakımından bazı istisnai hükümler öngörülmektedir. Örneğin, soruşturma evresinde şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı kısıtlanabilmekte ve şüpheliye uzun gözaltı süresi uygulanmaktadır. Bu mahkemelerin görev alanına giren suçların bir kısmında tutuklama için öngörülen üst süre iki katına kadar uzatılabilecektir.

Belirtelim ki, mahkemelere tanınan özel yetkiler adil yargılanma ilkesinin güvencelerinin kısıtlanmasına sebebiyet verecek nitelikte olmamalıdır. Belli ağırlıktaki veya belli nitelikteki suçları yargılamanın savunma hakkının kısıtlanmasını ve tutuklamanın kolaylaşmasını gerektireceği düşünülmemelidir. Bu mahkemelerde yargılanan sanıkların genel yetkili mahkemelerde yargılananlara oranla daha az savunma hakkına sahip olmasının makul bir gerekçesi olamaz. Terörle mücadelenin yolu savunma hakkının kısıtlanması değildir.

Terör suçlarının ve diğer örgütlü suçların seri biçimde yargılanmasına önem verilmesi ise yerindedir. Bu mahkemelerde adli tatilde yargılamaya devam edilmesi, çabukluğu sağlamaya yöneliktir. Ancak, çabukluk uğruna savunma hakkının sınırlandırılması yoluna gidilmemelidir.

Önceki dönemde özel yetkili mahkemelerin kurulmasını öngören 5190 Sayılı Kanunun Gerekçesinde devlet güvenlik mahkemelerinin kaldırılma nedeni "demokratik ve çağdaş hukuk devletinin bir gereği olarak insan haklarını temel alan bir yargılama usulünün, suçun işleniş şekli ve nevi ne olursa olsun benimsenmesi, adil ve çağdaş hukuk normlarının ihdası suretiyle mahkemelerin yapılandırılması, bu ilkelere uymayan düzenlemelerin pozitif hukuk düzenimizden çıkartılması" şeklinde gösterilmişti. Bu gerekçeden devlet güvenlik mahkemelerinin kapatılmasındaki asıl amacın bu mahkemelerde uygulanan muhakeme

usulünden vazgeçilmesi, demokratik ve insan haklarına dayalı bir muhakeme usulünün kabul edilmesi olduğu ortaya çıkmaktadır. Ancak 1412 sayılı mülga CMUK m.394/-394/d'de olduğu gibi; 5271 sayılı CMK mülga m.250-252'deki düzenlemeler de bu amaçla örtüşmemiştir. Geçmişteki olumsuz deneyimler, haklı olarak bu mahkemelerin yerine kurulan özel görevli mahkemelere önyargılı yaklaşılmasına sebebiyet verecektir.

Belirtelim ki, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Yasası kapsamına giren suçlarda gözaltına alınan şüphelinin müdafii ile ilk yirmidört saat görüşmesini engelleme önceki dönem uygulamasında kural haline getirilmiştir. Buna yönelik yasal düzenleme TMK m.10/3-e'de de yer almaktadır. Ancak, söz konusu uygulama, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarıyla çelişmektedir. Engelleme uygulanmasına sadece suç ortaklarının bulunduğu ve onların durumdan haberdar olacağı kuşkusu varsa başvurulabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şüpheli ya da sanığın soruşturmanın erken aşamalarından itibaren müdafie erişme hakkına sahip olmasının savunma hakkı açısından büyük bir önem taşıdığını ifade etmektedir. Mahkeme kararlarına göre, yargılamanın adil sayılması için sanığın müdafii yardımından fiilen ve gerçekten yararlanmış olması gerekir. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sorgulamanın başında avukat bulunmamasını, tutuklu sanığın avukatıyla görüşmesinin engellenmesini adil yargılanma ve mahkemeye başvurma haklarının ihlali olarak görmektedir.

Önceki dönemde özel yetkili mahkemelerin görev alanına giren suçlarda dosya hakkında gizlilik kararı verilmesi ve tutuklamaya itiraz gerekçesini oluşturmak için gerekli belgelerin gösterilmemesi uygulamada yine kural haline getirilmişti. Savunma hakkını kısıtlayan bu uygulamadan vazgeçilmelidir. Nitekim, söz konusu uygulamaya yol açan yasal düzenleme TMK m.10'un yeni metninde yer almamakta; bu konuda artık sadece CMK m.153 hükmü geçerli olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında özellikle tutuklu şüpheliye, müdafii bulunsun veya bulunmasın, şahsına tanınmış olan itiraz hakkını kullanabilmesi için, yakalanmasına, gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına dayanak oluşturan bilgilerden haberdar olma hakkının tanınması gerektiği vurgulanmaktadır. Dosyadaki bilgilere ulaşamayan müdafii, uygulanan koruma tedbirinin hukuka uygunluğunu değerlendirme, hangi delillerin toplanmasını isteyeceğini bilme ve itiraz gerekçesini oluşturma konularında ilerleme sağlayamamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, delillerin karartılması gibi bir tehlikenin bulunmadığı hallerde sanık ile avukatın konuşması özel ve gizli olduğu halde, önceki dönemde özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev

alanına giren suçlardan Terörle Mücadele Yasası kapsamında bulunanlardan tutuklu olanlar ile müdafinin görüşmesinin denetim altında yapılmasına olanak tanınmıştır. Savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran bu hükmün TMK m.10'un yeni metninde yer almaması isabetli olmuştur.

Yine önceki dönemde, tutuklama konusunda *makul süre* kavramı göz ardı edilmiş, *tutuklamada yasal karineler* denilen hallerde tutuklama mecburiyetinin bulunduğu anlayışı yerleşmiştir. Bu mahkemelerin görev alanındaki suçlardan bir kısmı için öngörülen *iki kat* uygulanabilecek tutuklama süreleri güvence yerine güvencesizlik oluşturacak kadar uzundur. Tutuklama ve devamı kararında, tutuklamaya itirazın reddinde somut olgulara hiç bir zaman yer verilmemiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhinde olan kararlarındaki eleştirilerin aksine, klişe sözcükler kullanılmaya devam edilmiştir<sup>64</sup>. Tutuklamanın hukuki niteliğinin yanlış anlaşılması sorunu uygulamada derinleşmiş, bundan da adil yargılama ilkesi ile masumiyet karinesi kapsamındaki şüpheli ve sanıklar onarılamayacak şekilde zarar görmüştür. Yeni döneme ilişkin beklenti, bu mahkemeler tamamen kaldırılmadığı takdirde, yargılamada ve tutuklulukta makul süre kavramının, savunma hakkının dokunulmazlığının hayata geçirilmesi, tutuklamada üst sürelerin indirilmesi, uygulamada tutuklama mecburiyeti olarak algılanan yasal karinelerin kaldırılması, ceza muhakemesinde soruşturma ile kovuşturma evrelerinin gerçekten adil olmasıdır.

---

<sup>64</sup> Yasakoyucu, 6352 sayılı Yasayla 5271 sayılı CMK m.101/2'yi yeniden düzenleyerek kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını, tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilmesini tekrar vurgulamıştır. Buna karşın, düzenlemenin yürürlüğe girmesinden üç hafta sonra bir özel yetkili ağır ceza mahkemesinin tutuklu sanıkların tahliye talebini red ettiği karardaki gerekçeler şöyledir: "*kuvvetli suç şüphesinin bulunması, adli kontrolün yetersiz kalacağı, tutuklama sebeplerinin ortadan kalkmaması, tanık beyanlarının tamamlanmaması, sanıkların kaçma şüphesi bulunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5.maddesinde tutuklu yargılama için azami süre şartı getirilmemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasının da buna uygun olması ve tutukluluk için makul suç şüphesinin dahi yeterli görülmesi, tutuklu kalan bu sürenin makul olması*". Bir başka kararda ise tutuklamanın uzatılma nedeninin somut biçimde gösterilmesinin "*ihsası rey olacağı*" açıklamasına yer verilmiştir. Bu gerekçeler (!) tutuklama kurumunun ne denli yanlış anlaşıldığını ve uygulandığını, sorunun çözümsüzlüğünü bir kez daha ortaya koyan örnekler olmaktadır.



# CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA YASAK YOLLARLA EDİNİLMİŞ DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Av. Beytullah ÇETİN\**

## D) GİRİŞ

Ceza muhakemesi, maddi ceza hukukunun ihlal edildiği iddiasının doğruluğunun araştırılması faaliyetidir.<sup>1</sup> Yargılama makamları bu faaliyeti icra ederken suç olduğu iddia edilen fiilin kim veya kimler tarafından, ne şekilde icra edildiğini tam ve doğru bir şekilde tespit etmek zorundadır. “Ceza muhakemesinin amacı hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada ,yani gerçeğe ulaşmada ,mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütününe veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır.”<sup>2</sup>

Ceza muhakemesi bir süreçtir. Bu sürece katılan sujelerin en temel ödevi maddi gerçeği açığa çıkarmaktır. Eğer işlenen fiil maddi ceza hukukunun “suç” olarak tanımladığı bir fiilse bu fiilin varlığının tam ve eksiksiz şekilde açığa çıkarılması cezalandırmanın ön şartıdır. Aksi halde fiilin bir suç oluşturmadığını tespit ile yargılamanın sonlandırılması gerekir. Maddi ceza hukukunun mevcut olaya uygulanmasını sağlayabilmek, olayın tam ve doğru olarak açığa çıkmasını, aydınlatılmasını gerektirir. Şüphesiz, tam bir kanaat oluşmadan hakim karar veremez, şüpheden sanık yararlanır.

Hukukumuzda, deliller yoluyla gerçekleşecek olan fiili ispat faaliyeti neticesinde, hakimde “vicdani kanaat” oluştuysa cezalandırma yoluna gidilebilir. Aksi halde fail cezalandırılmaz. Bu süreçte ise hakim delilleri serbestçe takdir eder.

---

\* Konya Barosu Avukatı

<sup>1</sup> ŞAHİN, Cumhur ; “Ceza Muhakemesi Hukuku” ,1, Ankara, 2009, s.17

<sup>2</sup> YAŞAR, Osman ; YCGK, 19.04.1993, 6/79-108, “Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, cilt 1, Ankara, 2007, s.1145

Hakim delilleri serbestçe takdir etme yetkisiyle donatılmıştır. Muhakeme faaliyetinde, fiilin gerçekleşip gerçekleşmediği, eğer fiil gerçekleşmiş ise bu fiilin maddi ceza hukuku açısından“tipik” bir fiil olup olmadığı hususunu değerlendirir. Tipik bir fiilin gerçekleşmiş olduğu noktada vicdani kanaate ulaşırsa sanığı cezalandırır. Vicdani kanaat, maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın, aklını rehber yaparak ve hukukun belirlediği usul ve esaslar içinde kalarak, maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheye yer vermeyen kanaattir.<sup>3</sup>

Hakimin vicdani kanaate ulaşması için fiilin ispat edinmiş olması gerekir. İspat faaliyetini gerçekleştirmeyi amaçlayan merciiler iddialarını deliller aracılığı ile ispatlayabilirler. - İspat kavramının temel aracı olan delil, ceza normu içeren kanunlarda soyut olarak tanımlanan suçun, somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleşmiş ise bu fiilin failini tespiti ve ortaya çıkarmaya yönelik her türlü iz, eser, belge, kayıt vb. olarak tanımlanabilir.<sup>4</sup> - Delil, yargılama konusu olayı temsile ve mahkeme önünde canlandırmaya yarayan araçtır.<sup>5</sup>

Kural olarak ceza muhakemesi sistemimizde her şey delil olabilir. Delil, - uyuşmazlığı oluşturan olayın bir parçasını ispat edebilecek nitelikte olmalı - (CMK 206/2-b) ve duyu organları yoluyla algılanabilecek maddi bir yapıya sahip olmalıdır.<sup>6</sup>

Maddi gerçeğe ulaşma vasıtaları olan deliller tarihi gelişim safhası içerisinde birçok aşamadan geçerek günümüz modern yapısına ulaşabilmiştir. Yıllar boyunca devletler akıl dışı delillere itibar etmişlerdir. Örneğin sanığın elini kızgın yağa sokmuşlar , - yanmazsa suçsuz yanarsa suçludur kanaatine ulaşabilmişlerdir. Tarihi süreç içerisinde bunun yanlışlığını gören makamlar akılcı deliller yöntemini geliştirmişlerdir.<sup>7</sup>

Bugünkü modern ceza muhakemelerinde her şey delil olabilir. - Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeği açığa çıkarmaktır. - Ancak bu devlet kurumu için en üst gaye ve mutlak bir amaç olamaz. - Maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun araştırılması pek çok kişisel ve toplumsal değeri de

<sup>3</sup> FEYZİOĞLU, Metin ; Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara, 2002, s.109

<sup>4</sup> ŞEN, Ersan ; “Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir” , 3. Baskı, Ankara, 2009, s.21

<sup>5</sup> CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide; “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 3. Bası, İstanbul, 2005, s.181

<sup>6</sup> ÖZTÜRK, Bahri; “ Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku” 3. Baskı, Ankara, 2010, s.265

<sup>7</sup> ÖZTÜRK, s.78

tahrip edebilir.<sup>8</sup> - Bu ise modern toplum ve devler anlayışı ile bağdaşan bir tutum olamaz.

İşte bu sebeplerin etkisiyle günümüz ceza muhakemeleri hukukunda delillerin belli başlı ortak özelliklere sahip olmaları gerekir. - Bunları; gerçekçilik,akılcılık,olayı temsil edicilik,ispata bakımından önemlilik ve hukuka aykırı olmamak şeklinde özetleyebiliriz .CMK 217/1' e göre hukukumuzda vicdani delil sistemi kabul edilmiştir.Buna göre “hakim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir.Bu deliller hakimin vicdani kanaati ile serbestçe takdir edilir.”

Bu hükümden açıkça belirtildiği üzere hukukumuzda vicdani delil sistemi geçerlidir.Ancak CMK 217/2'ye göre “yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”

Bu hükme göre hukuka aykırı yollarla edinilmiş bir delil serbestçe takdir edilemez,bu delilin yargılamada kullanılması yasaktır.Hüküm vermek için mutlaka ulaşılabilecek vicdani kanaat safhasına yasak yollarla edinilen delillere dayanılarak ulaşılamaz.

Bu hükümle hukukumuz olayı ispata yarayan her şeyi delil olabileceği kuralına bir istisna getirmiş ve hukuka aykırı yollarla edinilen delillerle yargılama yapılamayacağını açıkça düzenlemiştir

Yasak yollarla edinilen delillerin değeri konusunda gerek Türk hukukunda gerekse yabancı hukuklarda birçok yaklaşım ileri sürülmüş ve buna dayalı olarak birçok farklı uygulama ortaya çıkmıştır.

## **II) YASAK DELİLLERİN DEĞERİ HUSUSUNDAKİ YAKLAŞIMLAR**

Hukuka aykırı yol ve yöntemlerle edinilen delillerin değerlendirilmesi hususundaki yaklaşımlar, o devletin insan haklarına saygısı,suç ve ceza politikası,siyasi rejimin hukuka bakış açısı gibi konularda doğrudan doğruya ilgilidir.Bu konuyla ilgili teoride genel olarak üç tip yaklaşım vardır:<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> KOCA, Mahmut; “ Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı” s. 106 , <http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2000-1-8.pdf>

<sup>9</sup> Bu konuda daha kapsamlı bilgi için; KOCA, s.110vd. , YARSUVAT, Duygun; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin geçerliliği”, s.1vd. <http://www.yarsuvat.-law.com.tr/articles/article 2. pdf>

### A) Mutlak Kabul Yaklaşımı

Bu yaklaşımı esas alan bir ceza muhakemesinde her ne şekilde elde edilmiş olursa olsun, her türlü bulgu delil olarak değerlendirilebilir. Bu tip sistemlerin esasını, her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşma düşüncesi oluşturur.

Bu yaklaşımın ilk argümanı ceza muhakemesinin yegane amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğu, yargılama makamlarının isnat edilen fiilin işlenip işlenmediğini tam ve doğru şekilde ispat edebilmek için, nasıl elde edilirse edilsin, ilgili ve faydalı bütün delillerin kullanılması düşüncesidir.<sup>10</sup> İkinci olarak ceza muhakemesinde yasak delillerin değeri konusunun ikincil bir uyuşmazlık olduğu ve asli uyuşmazlık olan maddi fiilin yargılama sürecini geciktireceği fikri öne sürülmüştür. Ayrıca bu yaklaşıma göre suçluların yargılanmasında kamu menfaati vardır ve bu yaklaşım toplumdaki suç olgusunu azaltır.<sup>11</sup>

Mutlak kabul yaklaşımı devletin yargılama faaliyetlerini yürütmeye başladığı ilk dönemlerde uygulanan bir yaklaşım olmuştur. Devlet, ilk ortaya çıktığı ilkel dönemlerde yargılama faaliyetlerinde bulunmadığından, delil yasaklarından söz etmek mümkün değildir. Devletin yargılama faaliyetlerine başladığı ilk dönemlerde deliller konusunda bir sınırlandırma yapılmamış ve “hukuka aykırı elde edilmiş delil, aykırı elde edilmemiş gibi değerlendirilir” ilkesiyle hareket edilmiştir.<sup>12</sup>

Süreç içinde kanuni delil sistemini kabul eden İslam Hukuku gibi istisnalar bir tarafa bırakılırsa, 18. yy özgürlükçü akımlarının doğuşuna kadar delillere sınırlandırma getirilmesi anlayışı doğmamıştır. Özellikle ortaçağ Avrupası’nda işkence yoğun ve meşru bir şekilde uygulanmış gelmiştir.<sup>13</sup>

Avrupa’da 18. yy’da başlayan özgürlükçü akımlar, özellikle işkence ile delil elde edilmesine tepki olarak, delil elde edilmesi ve değerlendirilmesinde sınırlandırılmaya gidilmesi görüşünü zamanla gündeme getirmiştir.<sup>14</sup> O dönemde İsveç, Prusya gibi ülkeler işkenceyi yasaklamıştır. Amerika’da 1776’da kabul edilen Haklar Bildirgesinin 8. maddesi ve 1789 Fransız Devriminden sonra ilan edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile işkence, her türlü kötü muamele ve sert davranış yasaklanmıştır.<sup>15</sup> İnsan hak

---

<sup>10</sup> KOCA, s.110,111

<sup>11</sup> KOCA, s.111

<sup>12</sup> KAYMAZ, Seydi; Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı(Yasak) Deliller, Ankara, 1997, s. 17 vd.

<sup>13</sup> KAYMAZ, s.18

<sup>14</sup> KAYMAZ, s.18, 19

<sup>15</sup> KAYMAZ, s.19



ve hürriyetlerini koruyucu yaklaşımlar zaman içinde yayılarak güçlenmiş ve hemen hemen her ülkenin ceza yargılaması sistemini etkilemiştir.

Günümüz uygar hukuklarında mutlak kabul yaklaşımının benimsenmesi bir çok yönden eleştirilmektedir. Bu yaklaşımın mahkemeleri hukuka aykırı davranan kurumlar olarak göstereceği, hukuka aykırılığı meşru hale getireceği, halkın hukuka olan saygısını azaltacağı, kolluğu tembelleştireceği belirtilmektedir.<sup>16</sup>

Ayrıca bu tip bir sistem yasa koyucunun delil elde etme konusunda koyduğu kuralların bertaraf edilmesi ve fiilen uygulanmaması sonucunu doğurur.

İnsan hakları ve hukuk devleti esaslarına bağlı demokratik bir toplumun ceza yargılamasında delil elde etme ve değerlendirme gibi hassas ve temel haklara doğrudan müdahale edilebilecek bir konuda, mutlak kabul yaklaşımını kabul etmek uygun görülmemektedir.<sup>17</sup>

### **B ) Mutlak Değerlendirme Yasağı**

Ceza muhakemesi var olduğu iddia edilen suç fiilinin ispatlanıp cezalandırılması amacını taşıyan bir faaliyettir. Bu faaliyeti icra eden makamlar iddialarını delil adı verilen vasıtalarla ispat etmeye çalışırlar.

Hem, maddi ceza normlarını barındıran ceza hukuku, hem de bu normların failere uygulanmasını amaçlayan ceza yargılaması hukuku, temel hak ve hürriyetlere doğrudan doğruya müdahale eden hukuk dallarıdır. Bu esastan hareketle kanun koyucular, delil elde etme amacı ile hareket eden ve ispatı amaçlayan makamları sınırlandırmışlardır. Devletin amacı her ne pahasına olursa olsun cezalandırma olmadığından temel hakları koruyucu yasalara gereksinim duyulmaktadır.

Mutlak değerlendirme yasağına uygun olarak icra edilen bir yargılama faaliyetinde kanuna aykırı hiçbir bulgu delil olarak kabul edilemez. Bu yaklaşımı haklı çıkarmak için birçok teori ileri sürülmüştür:

Kişisel hak teorisine göre, yasak delillerin değerlendirilmemesi kişiye tanınan anayasal bir haktır. Bu hak kavramsal ve etik olarak kişinin kolluğun anayasaya aykırı davranışlarına maruz kalmama ve dürüst yargılanma

---

<sup>16</sup> KOCA, s.111

<sup>17</sup> Mutlak kabul yaklaşımını bazı siyasi sistemlerin, özellikle sosyalist devletlerin bugün bile kabul ettiği görülmektedir. Bir örnek olarak, 1980 tarihli Çin Ceza Usul Kanunu gösterilebilir. Bu kanunda delillerle ilgili hiçbir hükme yer verilmemiştir. Bu kanun sadece kişilere temyiz hakkı tanımış ancak deliller konusundaki esaslara yer vermediğinden uygulamada yasak yollarla edinilen deliller kabul etmiştir.(YARSUVAT, s.1, 2)

hakkının bir parçasıdır. Vatandaşlar hukuka aykırı eylemlere karşı güvencede olma hakkına sahiptir. Bu onlara tanınan anayasal hakkın uygulamadaki tezahürüdür.<sup>18 19</sup>

Güvenilmezlik teorisine göre, delillerin güvenilir olmadıklarında değerlendirme dışında tutulmaları gerekir. Bu hak sanığın dürüst yargılanma hakkının bir sonucudur. Delilin güvenilir olmadığına dair bir risk varsa sanık mahkum edilmemelidir, aksi uygulama sanığın haksız mahkumiyetine yol açabilir. Bu riski azaltmak için güvenilirmez, hukuka aykırı deliller değerlendirme dışı tutulmalıdır.<sup>20</sup>

Koruma teorisi, sanığın haklarını koruma amacı ile tahsis edilen kuralların ihlali sonucunda elde edilen delillerin kullanılmaması esasına dayanır. Buna göre bu deliller yargılama dışı tutulduğunda, sanık sanki hak ihlalleri hiç gerçekleşmemiş gibi bir konumda olacaktır.<sup>21</sup>

Caydırma teorisi ise kolluk makamlarını hukuka aykırı yol ve yöntemlerden caydırma, onları hukuka uygun davranma, ceza muhakemesi kurallarını ihlal etmekten kolluğu sakındırma amacı güden bir düşüncedir.<sup>22</sup>Şüphesiz delil elde etmek amacıyla çalışan makamlar, her ne pahasına olursa olsun delil elde etmek amacıyla faaliyette bulunabilirler. Bu faaliyetleri esnasında girişecekleri davranışlar, yasak delillerin değerlendirilmeye alındığı bir hukuk sisteminde, çok çeşitli hukuka aykırılıklar doğurabilir. Hukukun doğru uygulanması yerine delilin elde edilmesi kaygısı taşıyan kolluk makamlarının hukuku “gereksiz bir prosedür” olarak göreceği ve kendi usulleri ile delil elde etmeye çalışacakları açıktır.

Bu konuda ileri sürülen başka bir teori de yargının haysiyeti teorisidir. Buna göre hukuka aykırı bir yöntemle edinilen delil, her şeyden önce hukuka olan saygıyı devam ettirebilmek için değerlendirme dışı tutulmalıdır. Eğer devlet bizzat bir kanun ihlalcisi olursa bu, hukuku küçümsemeyi doğurur. Herkes kendisi için bir hukuk yaratma gayreti içine girer ve bu bir anarşidir. Ayrıca totaliter idarenin gelişimini engellemek için de bu şekilde elde edilen deliller değerlendirilmemelidir.<sup>23</sup>Yasak yollarla edinilen delilleri reddetmek mahkemeleri meşrulaştırmış olur.

---

<sup>18</sup> KOCA, s.111,112

<sup>19</sup> Şüphesiz bu teoriyi kabul için kişiye bu konuda bir anayasal hakkın tanınmış olması gerekir. ABD, TC(AY, 38/6) ve İtalyan anayasaları bu hakkı tanımışlardır.

<sup>20</sup> KOCA, s.112

<sup>21</sup> KOCA, s.113

<sup>22</sup> KOCA, s.114

<sup>23</sup> KOCA, s.115

Mutlak değerlendirme yasağını öngören yaklaşımlar da eleştirilmiştir. İlk olarak bu durumun mahkumiyeti gerektirecek delillerin yargılamada kullanılmaması sonucunu doğuracağı belirtilmiştir. Ayrıca bu kural delil ortaya çıktıktan, suçlu belli olduktan sonra kullanılacağı için sadece suçlu lehine bir mekanizma oluşturduğu ve suçsuz kimseleri korumadığı, bu kuralın suçluluğu arttıracığı, halkın hukuka ve yargıya olan saygı ve güveninin azalacağı yönünde eleştiriler belirtilmiştir.<sup>24</sup>

### **C ) Esnek Yaklaşım**

Bu yaklaşım hukuka aykırı yollarla edinilen delillerin değeri konusunda sabit bir kural koymak yerine, her davada hakimin yarışan menfaatleri esas almak suretiyle karar vermesi düşüncesine dayanır. Buna göre yasak delillerin değeri konusunda hakimin açıkça bir takdir yetkisi olmalı, değerlendirip değerlendirmeme konusunda takdir yetkisine sahip olan hakim

Bu kural mutlak değerlendirmeyi esas alan polis devleti yaratabilecek olan mutlak kabul yaklaşımının ve mutlak reddetmeyi gerektiren ancak kamu düzenini ve suçlulukla mücadeleyi zayıflatan mutlak değerlendirme yasağının sakıncalarını giderebilir. Ancak takdirin kullanımını düzenleyecek ana çizgiler belirtilmedikçe bu yaklaşım da özensiz ve karmaşık bir sistem yaratabilir.<sup>25</sup> Ayrıca bu tip bir sistem benzer olaylarda farklı hakimlerin farklı kararlar vermesi sonucunu doğurabilir ki bu durum hukuki birlik ve adalet ile bağdaşmayan sonuçlar meydana getirir.

## **III ) MUKAYESELİ HUKUKTA SORUNA YAKLAŞIMLAR**

### **A ) Amerikan Hukuku'nda**

Öncelikle belirtmek gerekir ki Amerikan hukuku ile Kıta Avrupası hukuku birbirinden farklıdır. Amerikan hukuku “case law” esasına dayanır ve bu düşünce ile yorum yapılır. Burada da yazılı hukuk mevcuttur ancak bu sistem daha çok uygulamaya dayalıdır. Karar verilirken daha önceki mahkeme kararları, yazılı kurallar, hukukun genel ilkeleri ve adalet gözetilir.<sup>26</sup>

Hukuka aykırı deliller kavramının kaynağı Amerikan hukukudur.<sup>27</sup> Amerikan hukuku, mutlak değerlendirme yasağı esasını benimser.1961 yılına kadar sadece federal mahkemeler bakımından etkili

---

<sup>24</sup> KOCA, s.115,116

<sup>25</sup> KOCA, s.116

<sup>26</sup> SOYASLAN, Doğan; Hukuka Aykırı Deliler; s.16; <http://hukuk.ertzincan.edu.tr/dergi/makale/2003-VII-2-2.pfd>

<sup>27</sup> SOYASLAN, s.116

olan yasak 1961'den sonra eyalet mahkemelerinde de kabul edilmeye başlanmıştır.<sup>28</sup>

Mutlak değerlendirme yasağının sıkı sıkıya uygulandığı bir davada yüksek mahkeme hukuka aykırı yollarla edinilen evrakın delil olamayacağına hükmetmiştir.(Body v. United States davası)<sup>29</sup>

Bu sistemde hakimlerin takdir hakkı yoktur.Bir delil her ne şekilde olursa olsun,hukuka aykırı yol ve yöntemlerle elde edilmiş ve değerlendirilmiş olduğu zaman bu, temyiz için yeterlidir.Başkaca inceleme aranmaz.<sup>30</sup>

Esasen Anglo-Amerikan ceza adalet sisteminde hukuka aykırı yollarla edinilen delillerin değerlendirilemeyeceği kuralının katı bir şekilde uygulanması eleştirilere sebep olmuştur.Çünkü bu durum adalet sistemini kilitleyebilir ve toplumdaki adalet hissini inciten sonuçlar doğurabilir.<sup>31</sup>Bu sebeple özellikle 1960 ila 70'li yıllarda verdiği kararlarında temel haklar konusunda kanuna aykırı delillere değer vermeyen ve onları kesinlikle reddeden yüksek mahkeme, 1970'lerden sonra daha ihtiyatlı davranmaya başlamıştır.<sup>32</sup>

“İyi niyet istisnası” olarak adlandırılan durumda, polis arama izni makul şüpheye dayanmamasına rağmen mahkemeden alınan karar ile yapılan aramada uyuşturucu bulmuştur.Bu delili esas almayan yerel mahkemenin kararını bozan yüksek mahkeme, mevcut arama iznine dayanarak inanç ve iyi niyetle hareket eden memurun elde ettiği delilin kullanılmasına hükmetmiştir.<sup>33</sup>

“Kaçınılmaz buluş” denen istisnaya göre de yasal olmayan sorgu sonucu bulunan ceset delil olmalıdır.Çünkü kolluk, sorgu olmasa da somut olayda o delili bulabilecek durumdadır.<sup>34</sup>

“Kamu güvenliği kuralı” denen durumda ise usulsüzlük kamu güvenliğini korumak için olduysa hukuka aykırı yolla elde edilen delil yargılamaya esas alınabilmelidir. Yüksek mahkeme, kelepçelendikten sonra ancak kişiyi hakları konusunda bilgilendirmeden önce memurun silahın yerini sorması ve kişinin bunu açıklaması durumunda bu delilin geçerli olması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>35</sup>

---

<sup>28</sup> KOCA, s.117

<sup>29</sup> KOCA, s.117

<sup>30</sup> KOCA, s.117

<sup>31</sup> CENTEL/ ZAFER; s.555

<sup>32</sup> YARSUVAT, s.4

<sup>33</sup> KOCA, s.118

<sup>34</sup> KOCA, s.118

<sup>35</sup> KOCA, s.118, 119

Görülüyor ki son dönemde yüksek mahkeme olay bazında inceleme yapmakta, yarar dengesini gözetmektedir.<sup>36</sup> Amerikan yüksek mahkemesi de her türlü usule aykırılığın mutlak red sebebi sayıldığı anlayışı yumuşatma eğilimindedir.

### **B) İngiliz Hukuku'nda**

Eski Birleşik Krallık hukuku özellikle 18. yy' a kadar her türlü delilin kabul edildiği bir sistemdi.<sup>37</sup> Ancak günümüzde esnek yaklaşım benimsenmektedir. Hakime yasak delilleri değerlendirmede takdir hakkı veren Common Law ise 1984'te yürürlüğe giren Polis ve Ceza Delil Yasası (The Police and Criminal Evidence Act) ile bu hususu ilkesel olarak düzenlemiştir.<sup>38</sup>Buna göre hakim takdir hakkını kullanırken muhakemenin dürüstlüğü esasını gözetir. Eğer hukuka aykırılık halinde o delilin kabul edilmesi mahkemenin dürüstlüğünü ağır şekilde etkiliyorsa o delil kabul edilmez, aksi halde delil kabul edilebilir. Hakimin takdir yetkisi vardır.<sup>39</sup>

### **C) Alman Hukuku'nda**

Yasak delillerin değeri hususu Alman hukukunda çok tartışılmış bir mevzudur. Alman Ceza Usul Kanunu'nun 136. maddesinin 3. fıkrası uygun olmayan yöntemler ile ikrarı yasaklar. Ancak temelde konu içtihatlarla dayanan, karmaşık bir görünümündedir.<sup>40</sup> Yani sadece bazı yollarla (işkence, baskı, özgür iradeyi etkileme gibi) delil elde edilmesi yasaklanmıştır. Ancak diğer elde edilme şekilleri ile ilgili bir yasak yoktur.<sup>41</sup>

Bu sorunu "haklar alanı teorisi" adı verilen bir ölçütle çözmeyi uygun bulan Alman yüksek mahkemesi, özellikle delil elde edilirken bulunan ihlalin sanığın hak alanını önemli ölçüde ihlal edip etmediğine bakmaktadır.<sup>42</sup>Hukuka aykırılık haklar alanını ihlal ediyorsa delil değerlendirilemez, eğer ihlal yoksa o delil değerlendirilebilir. Hak ihlali yoksa delil, değerlendirme kapsamı dışına alınmamalıdır.<sup>43</sup> Ayrıca "ihlal edilen kuralın koruduğu menfaat" görüşü temel hakların ihlali ile ulaşılabilecek delilleri yasaklama yoluna giderken, "hakların dengelenmesi" görüşü her somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yapmayı öngörür. Bir tarafa sanığın

---

<sup>36</sup> SOYASLAN, s.17

<sup>37</sup> YARSUVAT, s.2

<sup>38</sup> KOCA, s.119,120

<sup>39</sup> KOCA, s.120

<sup>40</sup> YARSUVAT, s.3

<sup>41</sup> SOYASLAN, s.17

<sup>42</sup> CENTEL/ ZAFER, s.555

<sup>43</sup> KOCA, s.121

ihlal edilen çıkarı, diğer tarafa suç isnadının kamuda yarattığı zarar konur, hakkaniyete göre bir yargılama yapılır.<sup>44</sup>

Alman yüksek mahkemesine göre tanıklıktan çekilme haklarının hatırlatılmaması tanıklığı hukuka aykırı kılar. Açıklanan bir devlet sırrı, sır olma niteliğini kaybettiğinden artık kullanılabilir. Gizli kaydedilen konuşmalar kullanılamaz. Susma hakkı hatırlatılmadan elde edilen ifadeler delil olarak kullanılamaz.<sup>45</sup>

#### **D) İsviçre Hukuku'nda**

Bu sistem değişik bir yol benimser ve yasak delillerin geçersizliğinden doğacak sakıncaları azaltmaya çalışır. Yasak yollarla edinilen delilleri; kanuna aykırı edinilen deliller ve düzen kurallarına aykırı edinilen olarak ikiye ayırır. Kanuna aykırılık ve düzensizlik arasında bir ayırım yapar. Düzensizlik hali bir şekil kuralının ihlalidir ve edinilen delili geçersiz hale getirmez. Kanuna aykırılık ise önemli bir hakkın ihlalidir ve edinilen delili otomatik olarak geçersiz hale getirir.<sup>46</sup>

#### **E) Fransız Hukuku'nda**

1993'te yapılan kanun bu konuyu düzenlemiştir. Buna göre iki tip geçersizlik vardır: Kanuna aykırı normun geçersiz olduğu ve kanunun öngörmemesine rağmen önemli bir normun ihlali ile elde edilen delilin karara dayanak yapılamayacağı kuralı.<sup>47</sup> Her iki durumda da hukuka aykırı yollarla edinilen delil geçersizdir.

#### **F) İtalyan Hukuku'nda**

Hukuka aykırı yollarla edinilmiş deliller İtalyan hukukunda da kullanılamazlar. Bu esası düzenleyen İtalyan Ceza Usul Kanunu'nun 191. maddesine göre: "Kanunun koyduğu yasakların ihlali ile elde edilen deliller kullanılamaz (fıkra 1) Kullanılamazlık yargılamanın her derece ve safhasında resen dikkate alınır. (fıkra 2) <sup>48</sup> Burada Türk hukukunda da olduğu gibi ( CMK 218/2 ) mutlak yasaklılık hali kanunen düzenlenmiştir. Zımnî delil yasağı kabul edilemez. Ayrıca delil elde etme konusundaki bir yasak açıkça var olmalı, kanun tarafından belirlilik esasına göre düzenlenmiş olmalıdır.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> CENTEL/ ZAFER, s.555, 556

<sup>45</sup> SOYASLAN, s.18

<sup>46</sup> YERSUVAT, s.3

<sup>47</sup> YARSUVAT, s.2,3

<sup>48</sup> SOYASLAN, s.19; YARSUVAT, s.5

<sup>49</sup> SOYASLAN, s.20

### **G) AİHM İçtihatları Esasına Göre**

Hukuka aykırı yollarla edinilmiş delillerin değeri hususunda AİHS’de açık hüküm bulunmamaktadır. Özellikle AİHS’in 2,3,5,6,7,8,9,13,17 ve 18. maddeleri konu ile dolaylı olarak ilgilidir. AİHS 6, adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. AİHM bu husustaki içtihatlarında genel olarak sözleşmenin güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri çiğnememek kaydıyla, delillerin geçerliliği konusunu ulusal mevzuat ve makamlara bırakmaktadır. Mahkeme bu hususta bir ilke karar vermenin mümkün olmadığını belirtmektedir.<sup>50</sup>

### **IV) TÜRK CEZA MUHALEMELERİ HUKUKU’NDA HUKUKA AYKIRI YOLLARLA EDİNİLMİŞ DELİLLERİN DEĞERİ**

Türk hukuk uygulamasında yasak delillerin değerlendirilmesi hususunda CMUK döneminde 1992 yılına kadar bir düzenleme mevcut değildi. 1992 değişikliği ile CMUK’a biri özel diğeri genel değerlendirme yasağı öngören iki hüküm eklenmiştir.<sup>51</sup>CMUK 135a’ ya göre: “İfade verenin veya sanığın beyanı özgür iradeye dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddete başvurma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz.-Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.- yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.” CMUK 254/2’ ye göre ise: “Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.”

1992 yılında 3842 sayılı yasa ile gerçekleştirilen bu CMUK değişikliği ile insan hakları konusunda, şüphesiz, çok önemli bir adım atılmıştır. Bu hükümler ile, bir taraftan. m. 135a ile delil elde etme konusunda önemli prensipler getirilmiş diğeri taraftan m.254/2 ile de genel olarak bunların yargılamaya esas alınamayacağı öngörülmüştür. Ancak ifade tarzından ötürü m.254/2 tartışılmalıdır. Mutlak bir değerlendirme yasağı öngören bu hüküm soruşturma ve kovuşturma organlarına hitap etmekteydi. Örneğin, özel kişilerin veya tarafların elde edeceği hukuka aykırı deliller kullanılabilirdi. İkinci olarak “hükme esas alınamaz” ibaresi mevcut olduğundan hüküm dışındaki tutuklama kararı gibi muhakeme işlemlerine esas alınabiliyordu. Ayrıca yasak deliller yoluyla elde edilen deliller konusu da açık değildi.

---

<sup>50</sup> SOYASLAN, s.23

<sup>51</sup> KOCA, s.125

3.10 2001 tarih ve 4709 sayılı kanun ile “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez” denilerek bu hüküm AY 38’ e eklenmiş, konu anayasal güvence altına alınmıştır. Türk delil hukukunda büyük bir yenilik doğuran bu hüküm ile “.....delil olarak kabul edilemez” hükmü karşısında CMUK 254/2’ nin Anayasa’ya aykırılığı gündeme gelmiştir.

5271 sayılı CMK ise ilga ettiği CMUK’ taki düzenlemeyi daha da ilerletmiştir. CMK 217/2’ ye göre “Yüklenen suç, hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” Hükümün mefhumu muhalifinden hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerle ispat faaliyetinin gerçekleştirilemeyeceği anlaşılır. Gene CMK 206/2-a’ ya göre delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur. Hukuka kesin aykırılık hallerini düzenleyen CMK 289. maddenin i) hükmüne göre, hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması mutlak bozma sebebidir.

Türk hukuk uygulamasında ise CMK 217/2’nin de tartışıldığını görmekteyiz:

#### **A) Sanık Hakları Teorisi**

Bu görüşten hareketle maddeyi yorumlama eğiliminde olan müelliflere göre hukuka maddi aykırılık-şekli aykırılık ayırımı yapılmalı ve basit şekli aykırılıklar sonucu edinilen deliller yargılamada kullanılabilir. Mutlak aykırılık durumunda ise delil yargılamada kullanılmamalıdır.

Doktrinde Öztürk’e göre; AY 38/6 hükmü mutlak olarak değerlendirilmemelidir, aksi durum “herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını gerektireceğinden uzun vadede son derece ağır sonuçların doğmasına yol açabilir”<sup>52</sup> Müellife göre, her şekli aykırılığın hak ihlaline yol açacağı iddiası somut gerçeklerle bağdaşmaz. Örneğin gündüz yapılması gereken aramanın gece yapılması ve başkaca da bir hukuka aykırılık olmaması durumunda hak ihlali meydana gelmez. Hakim veya cumhuriyet savcısı olmadan yapılan bir aramada ihtiyar heyeti veya komşulardan iki kişinin hazır bulunması gerektiği hükmüne rağmen bir kişinin hazır bulunması hak ihlali yaratmaz.<sup>53</sup>

Bu tip basit şekli aykırılıkların mutlak bozma sebebi sayılması çok ağır sonuçlar doğurabilir. Alt yapısı ve adli kolluk teşkilatı çok iyi olan ülkelerde bile basit şekli aykırılıklar ve hatta maddi aykırılıklar görülürken ülkemiz gibi alt yapısı zayıf bir ülkede mutlak yasaklılık düşüncesi ile hareket etmek

<sup>52</sup> ÖZTÜRK, s.274

<sup>53</sup> ÖZTÜRK, s.374



ceza muhakemelerinde yargılamayı olanaksız hale getirebilir.<sup>54</sup>Bu tip basit aykırılıkların değerlendirme kapsamına girmesi, bu delil yoluyla elde edilen delilleri de kullanılamaz hale getirebilir. Ayrıca yargılama kilitlenerek mağdurun ve suçtan zarar görenin yargılamaya olan güveni sarsılacağından kişileri öç almaya itebilir.<sup>55</sup>Suçlu oldukları bilinen ancak şekli aykırılıklardan dolayı yargılanamayan kişiler toplum güvenliğini tehlikeye düşürür. Ayrıca mağduru veya suçtan zarar göreni değil faili dikkate alan çözümler hukuk devleti ilkesine uygun düşmez.<sup>56</sup>

Doktrinde Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre "hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller, kovuşturma organları tarafından yapılan işleme ve bu işlemin kanunla düzenlenmesi ile korunmak istenen hukuki menfaate göre tasnif edilmelidir."<sup>57</sup> Müelliflere göre hukuka aykırılığın tespitinde şekli aykırılıklar nazara alınmamalı, aykırılığın öze dair olup olmadığı incelenmelidir. Mahkemenin takdirine bırakılması gereken bu delil, adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecekse hukuka aykırı olsa dahi kullanılabilir.<sup>58</sup>

Bu görüşe göre, "devlet sanığa bütün haklarını sağlamak mecburiyetindedir: i)Dürüst yargılanma hakkı kapsamına giren temel sanık hakları sağlanmadan elde edilen veya ii)yetki sınırı aşılarak veya iii)kanunun önceden elde edilmesini yasaklamış olduğu halde elde edilen deliller, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil olur"<sup>59</sup>

Centel/Zafer'e göre de, delilin yasak yollarla elde edildiğini kabulden sonra, bu hukuka aykırılığın hangi hukuk kuralını ihlal ettiği araştırılmalıdır. Sanık haklarını korumayan şekli aykırılıklar,yasak delillerin değerlendirilmesi konusu kapsamına girmez.<sup>60</sup>Esasa dair bir aykırılık tespit edildiğinde delilin kullanılıp kullanılmayacağı tartışılır: sanık haklarını koruyan bir hükmün ihlali varsa delil değerlendirilmez.Aksi halde delil değerlendirilebilir.<sup>61</sup>

Mutlak değerlendirme yasağı-nispi değerlendirme yasağı ayrımı yapan yazarlar, örneğin, ifade ve sorgu yöntemlerine uyulmadan alınan ifade ve sorgunun ( CMK 147-148 ) mutlak değerlendirme yasağı kapsamına alınıp değerlendirilemeyeceğini savunurken somut olayda birey-toplum çıkarı arasındaki dengeye göre ulaşılan bir yasağın da nispi değerlendirme yasağı

<sup>54</sup> ÖZTÜRK, s.375

<sup>55</sup> ÖZTÜRK, s.375

<sup>56</sup> ÖZTÜRK, s.376

<sup>57</sup> KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Kitap, 17. Bası, İstanbul, Nisan 2010, s.399

<sup>58</sup> KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 399

<sup>59</sup> KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 401

<sup>60</sup> CENTEL/ ZAFER, s.553

<sup>61</sup> CENTEL/ ZAFER, s.554

kapsamında incelenip elde edilen bulguların değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmışlardır.<sup>62</sup>

Yargıtayımız da sanık haklarını teorisini esas alarak bazı kararlar vermektedir. 2007 tarihli bir kararında<sup>63</sup> olay; tescilli bornozların tescilli olmayan kaçak şekilde üretilip satılması ile ilgilidir. Olayda arama iki adet polis memuru, müşteki vekili ve sanığın katılımıyla gerçekleşmiştir. Yasanın emrettiği, cumhuriyet savcısı veya ihtiyar heyetinden iki kişi veya iki komşu hazır bulundurulmamıştır.

Yargıtay doktrindeki sanık hakları teorisine mensup yazarların görüşlerine dayanarak : “illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterine yer vermeden yapılan bir değerlendirmenin, herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını gerektireceği için, böyle bir yaklaşımın son derece ağır sonuçlar yaratacağını” belirtmiştir.

Aynı kararda Yargıtay: “Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonucunda ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle, şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delil sayılmaları ve mahkumiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez” şeklinde hükmetmiştir. (YCGK, 26.06.2007, 7/147-159)

### **B) Mutlak Değerlendirme Yasağı Teorisi**

Esasen bu görüş, hukuka aykırı yol ve yöntemlerle elde edilmiş delillerin mutlak surette reddedilmesi, yargılamanın hiçbir safhasında kullanılamaması esasına dayanır. Bu yorum tarzına göre bir delil, kanunda elde edilmesi konusundaki düzenlemeye aykırı şekilde elde edildiyse mutlak surette kullanılamaz. Hukuka aykırılık maddi aykırılık-şekli aykırılık şeklinde vasıflandırılmaz. Her türlü aykırılık delili sakatlar ve kullanılamaz hale getirir.

Doktrinde Şen, ancak hukuk kurallarının belirlediği usul ve esaslara uygun şekilde toplanan delillerin yargılamada kullanılabileceğini, hukuk devleti ilkesi ve dürüst yargılanma hakkının bunu gerektirdiğini belirtir.<sup>64</sup>Müellife göre hukuka aykırılık, hukuk kurallarına uygun olmamak anlamına gelir. Bir suç teşkil etsin yada etmesin, hukuka aykırı bir fiil neticesinde elde edilen delil, “önemsiz hukuka aykırılık”, “küçük hukuka

<sup>62</sup> CENTEL/ ZAFER, s.554

<sup>63</sup> YCGK, 26.06.2007, 7/147-159; PARLAR/ HATİPOĞLU/ YÜKSEL; s.667 vd.

<sup>64</sup> ŞEN, Ersan; Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, 1.bası, İstanbul, 1998, s.138

aykırılık” ya da “sanık haklarını ihlal etmeyen hukuka aykırılık” gibi subjektif kıstaslar ortaya konularak hukuka uygun bir hale getirilemez.<sup>65</sup>

Delil toplamaya ilişkin kurallar eksik ve yetersiz olsa bile, suç işlediği iddia edilen sanığa ithamda bulunulurken ve onu yargılarken, bu işlemi gerçekleştiren adli makamların öncelikle hukuka uygun davranmaları gerekir. Aksi halde hukuk kurallarına ihtiyaç yoktur. Sırf sanığı mahkum etmeyi amaçlayan ve ceza normlarına riayet etmeden delil elde etmek ve yargılamada değerlendirmek, her zaman keyfiliği ve kişi hak ve hürriyetlerine ciddi tecavüzleri doğurur.<sup>66</sup>

“Hukuka aykırılık” kavramı tüm hukuk kurallarını kapsar, bir hukuka uygunluk sebebi olmadıkça CMK dışında bile olsa, bir hukuk kuralına aykırılık delili hukuka aykırı delil haline getirir.<sup>67</sup>

Koca’ya göre, amacı maddi gerçeği araştırmak ve ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesinde bu işlem deliller yoluyla gerçekleştirilebilir. Bir hukuk devleti, ceza muhakemesinde, delillerin elde edilmesine dair kurallar tahsis etmiştir. Maddi gerçeğe ulaşmanın nihai amaç olmadığı, insan haysiyeti, savunma hakkı gibi değerlerin korunmasının daha üstün bir amaç olduğu açıktır. Bu esaslar dahilinde insan haysiyeti hiçbir zaman feda edilemez. Bu esaslar dahilinde ceza muhakemesinin başından sonuna dek hukuka uygun şekilde yapılmasının güvencesi olan düzenleme, mutlak olarak kabul edilmelidir.<sup>68</sup>

Yurtcan’a göre de, bir yargılama kuralı, delil toplama kuralı niteliği taşıyorsa, artık bu kuralın yargılamaya etkisi tartışılmaz, bu sonuç mutlaktır. Bu kurala aykırılık mutlak hukuka aykırılık sonucunu doğurur. Yazara göre bu görüş CMK 289 ile de perçinlenmiştir. Bu kural ile “hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması” mutlak bozma sebebidir. Bu hükme rağmen, yasak delillerin hükümdeki sonucu etkilemesi-etkilememesi tartışması yapılamaz.<sup>69</sup>

Hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmayacağını belirten Yarsuvat da, aksi fikirdeki bir Yargıtay kararına yazılan muhalefet şerhini aktararak fikrini desteklemiştir: Muhalefet şerhi yazan hakimler S.Çilesiz ve S.Saka’ya göre, “sanığın hissettiği bu baskı ve köşeye sıkışmışlık CMUK 135a’da sayılan yasak yöntemler arasında bulunmamakla birlikte hukuka aykırı arama ile elde edilen delilden yani arama sonucu bulunan hint kenevirlerinin bulunduğu dair tutanağın kendisine her ifade alınışında gösterilmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece sanıktan hukuka aykırı elde

---

<sup>65</sup> ŞEN, Hukuka Aykırı, s.138

<sup>66</sup> ŞEN, Hukuka Aykırı, s.139,140

<sup>67</sup> ŞEN, Telefon, s.22

<sup>68</sup> KOCA, s.144,145,146

<sup>69</sup> YURTCAN, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, 11.baskı, İstanbul, 2005, s.428, 429

edilmiş delil sayesinde itiraf delili elde edilmiş, sanığın kendisini suçlaması sağlanmıştır. İtiraf dolaylı yoldan hukuka aykırı elde edilmiştir. CMUK 254/2' ye göre bu itiraf hükme esas alınmamalıdır.”<sup>70</sup> demektedir.

#### **V) ÖZEL KİŞİLER TARAFINDAN ELDE EDİLEN HUKUKA AYKIRI DELİLLER**

Ceza yargılaması hukukunda, ispat ve sonucunda hüküm verilebilmesi için “ispata yarayan her şey” olarak tanımlanabilecek olan delillere ihtiyaç vardır. Gerek yargılama makamları gerekse olaydan menfaati olan kişiler delil elde etmeye çalışırlar. Bu amaç doğrultusunda edinilen delilin kim tarafından edinildiği önem taşımaz. Özel kişiler de delil elde edebilir ve bunlar da yargılama makamlarınca kullanılır.

CMK öncesinde, 1992'den sonra yürürlükte olan CMUK 254/2'ye göre “Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz” idi. Bu hüküm özel kişilerce elde edilen deliller konusunda çok tartışılmıştır. Kanun soruşturma ve kovuşturma organlarından bahsettiğinden, özel kişilerin ele geçirdiği yasak deliller kullanılabilmiştir. Bu ise kanunun var oluş amacı olan temel hak ve özgürlüklerin korunması anlayışı ile uyum içinde değildi.

CMK 217/2 ise mutlak bir yaklaşım sergilemiştir. Kanun “ .....hukuka uygun şekilde edinilmiş her türlü delil ile” ispattan bahsetmiştir. Yani buradaki hüküm açıkça delil elde eden soruşturma-kovuşturma makamlarını ve özel kişileri de bağlar hale getirilmiştir.

Erman'dan atfen aktaran Kaymaz CMUK dönemindeki durumu açıklarken, soruşturma ve kovuşturma makamlarınca başvurulabilmesi yasak olan bu yolun, özel kişilere açılmasının izahı güç bir çelişki olacağını, bu durumun bazı tehlikeli sonuçlar doğurabileceğini belirtmiştir. Bu durumda, zabıta hukuka uygun delil elde etmek için kendi elemanları yerine hırsızları kullanabilir veya zabıta, sahip olduğu hukuka aykırı bir delili bir televizyon kanalına verip onun tarafından açıklandıktan sonra delili kullanma yoluna gidebilir.<sup>71</sup>

Bu gün ise gerek AY 38/6, gerekse CMK 217/2 açıktır. Devletin kişiyi koruma görevi bireysel saldırılara karşı da mevcuttur. Bu tip saldırılar “hukuk devleti” ilkesine zarar verirler. Özel kişilerce hukuka aykırı yollarla

<sup>70</sup> YCGK. 26.06.2007 tarih 2007/7-147E. , 2007/159 K. Sayılı içtihadı (YARSUVAT, s.10,11)

<sup>71</sup> KAYMAZ, s.275

edinilen deliller temel hakların korunmasının çekirdek alanına müdahaledir ve hukuk devleti ile bağdaşmaz.<sup>72</sup>

Özel kişilerin delil toplarken bu amaçla “suç” işlemesi kuvvetle muhtemeldir. Örneğin eziyet suçunu işleyerek bir takım bilgilere ulaşabilirler veya hırsızlık suçunu işleyerek bir belgeyi çalabilirler.<sup>73</sup>Konut dokunulmazlığını ihlal, hakaret, yağma gibi suçlar sıklıkla işlenebilir.<sup>74</sup>Gizli dinleme ve görüntüleme fiilleri ortaya çıkabilir.<sup>75</sup>Bu tip, suç işlendiği bir durumda edinilen delillerin kullanılamayacağı açıktır. Ancak üçüncü kişilerin özel hayata müdahalesinin haklı olarak kabul edilebileceği bir hukuka uygunluk sebebi mevcut ise, bu yolla edinilen delil geçerli olmalıdır. Örneğin, şantaj yada tehdit suçuna maruz kalan kişinin kaydettiği ses bandı delil olabilmelidir. Çünkü burada bir hukuka uygunluk sebebi mevcuttur.<sup>76</sup>

## **VI ) HUKUKA AYKIRI DELİLLER YOLUYLA ELDE EDİLEN DELİLLER**

Hukuka aykırı delillerin uzak etkisi, hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisi yada Amerikan hukuku kaynaklı “zehirli ağacın meyveleri de zehirlidir” anlayışıyla ifade edilen sorun, esasen bir yasak yol kullanılarak elde edilen hukuka aykırı deliller vasıtasıyla edinilen yeni delillerin yargılamada kullanılıp kullanılamayacağı sorunudur.<sup>77</sup>Örneğin sanıktan zorla alınan ifade veya hukuka aykırı yapılan arama sonucunda edinilen yeni delillerin durumu ne olur?<sup>78</sup>Sanığa işkence yapılarak elde edilen bir adreste hukuka uygun şekilde bir arama yapılsa bu şekilde bulunan yeni deliller kullanılabilir mi?<sup>79</sup>Yada kendisine tanıklıktan çekilme hakkı hatırlatılmayan bir tanık, ifadesinde olay yerinde bulunan başka kişilerin adını verse, acaba bu yeni tanıkların beyanları delil olarak değerlendirilebilir mi.<sup>80</sup>

Örnekleri çoğaltmak mümkündür. CMUK döneminde çok tartışmalı olan bu durumun mevcut AY 38/6 ve CMK 217/2 hükümleriyle çözüldüğü söylenebilir. Bu çözüm şekli, yasak deliller yoluyla edinilen yeni delillerin

---

<sup>72</sup> ŞEN, Hukuka Aykırı, s.172

<sup>73</sup> ÖZTÜRK, s.376

<sup>74</sup> ŞEN, Hukuka Aykırı, s.173,174

<sup>75</sup> ŞEN, Hukuka Aykırı, s.175

<sup>76</sup> ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; 1. Baskı, Ankara, 2006, s.676

<sup>77</sup> ŞEN, Hukuka Aykırı, s.144

<sup>78</sup> ŞEN, Hukuka Aykırı, s.152

<sup>79</sup> ÖZBEK, s.676

<sup>80</sup> CENTEL/ ZAFER, s.559

de yasak deliller oldukları ve yasak delillerin akıbetine maruz kalacakları şeklindedir.

Hukuka aykırı delil kavramı sadece yasak yollarla edinilen ilk delili değil, bu deliller vasıtası ile edinilen yeni delilleri de kapsar.<sup>81</sup>Hukuka aykırı delillere dair tüm teoriler, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi kavramı için de geçerlidir.<sup>82</sup>Çünkü bu yeni delil özü itibariyle bir hukuka aykırılığın sonucudur. Bir delilin elde edilmesinde hukuka aykırılık var ise bunun müeyyidesi, önceden veya sonradan elde edilmiş olup olunmaması araştırılmaksızın, delilin kullanılamamasıdır.<sup>83</sup>

## VII ) SONUÇ

Bir suç şüphesi ile başlayan ceza yargılaması, şüphenin doğruluğunun ispatı ve cezalandırılması veya şüphenin yanlışlığının anlaşılması ve yargılamanın bitirilmesi sürecidir.

Tarihin eski dönemlerinden itibaren suç tahsisi ve faillerin cezalandırılması faaliyetini devlet kurumu kendine vazife edinmiştir. Geçmişten günümüze ve dönemseller anlayışlar çerçevesinde devlet kurumu gerek suç tahsisi ve gerekse yargılama safhalarında çeşitli düşünsel akımların etkisinde kalmıştır. Yargılama faaliyetlerinde yani usul hukukunda, eski dönemlerde maddi gerçeği bile arama ihtiyacı duymayan bu kurum hurafi yöntemlerle hareket etmiştir. Zaman içerisinde, toplumsal gelişim ve değişimin etkisiyle değişen ve dönüşen devlet kurumu, günümüzün modern devleti halini alabilmiştir. Bu modern devletler de modern ceza usul hukuklarını yaratmışlar, maddi gerçeği açığa çıkarma temel amacını adil yargılanma hakkı ile desteklemiş ve meşrulaştırmışlardır.

Mevcut ceza muhakemeleri hukukumuzda maddi gerçeği ortaya çıkarmak ve suçluları her ne pahasına olursa olsun cezalandırmak tek ve mutlak amaç olamaz. Bu faaliyet adil yargılanma hakkı ve sanık hakları çerçevesi içinde icra edilmelidir.

Önceki kısımlarda ayrıntılı şekilde belirttiğimiz üzere yasak yollarla elde edilen delillerin değeri üzerine bir çok teori geliştirilmiştir. İnsan hakları esasıyla yargılama faaliyetlerini gerçekleştiren bir devlet, sanık hakları ve adil yargılanma hakkı bertaraf edilmeden bu yöntemlerden birini tercih edebilir.

Bir hukuk devleti olan ülkemizde yasak delillerin değeri hususu CM K 217/2 de genel bir hüküm ile düzenlenmiştir. Hatta kanun koyucumuz AY

---

<sup>81</sup> ŞEN, Telefon, s.24

<sup>82</sup> CENTEL/ ZAFER, s.159

<sup>83</sup> ŞEN, Hukuka Aykırı, s.159

38/6 hükmünü tahsis etmiş, bu konudaki takdirini açıkça beyan ederek bu hususu anayasal koruma kapsamı içine almıştır.

AY 38/6'ya göre, “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez.” CMK 217/2' ye göre, “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” Ayrıca hukukumuz CMK 289. madde ile hükmün hukuka aykırı yollarla edinilen bir delile dayanmasını mutlak bozma sebebi haline getirmiştir.

Hukukumuzda bu hükümler çeşitli şekillerde yorumlanmakla beraber kanaatimizce hükümler açıktır. Kanun koyucu iradesini yoruma mahal bırakmayacak şekilde beyan etmiştir. Hukuka aykırı yollarla edinilen deliller konusunda mutlak bir yasak getirmiştir. Buna göre, mevzuatta düzenlenen delil elde etme yöntemlerine aykırı yöntemlerle elde edilen delil yargılamada kullanılamaz. Bu hükümler özel kişilerce elde edilen delilleri ve yasak deliller yoluyla elde edilen yeni delilleri de kapsar.

Kanun koyucu yasak deliller konusunda nispi hukuka aykırılık-mutlak hukuka aykırılık ayrımını öngörmemiş, hukuka aykırılığı da küçük ve büyük aykırılıklar şeklinde ayırmamıştır. Bu düşünce otorite karşısında kişi hak ve hürriyetlerini savunan “hukuk devleti” ve “hukukun üstünlüğü” esasını azami şekilde benimseyen bir anlayışın ürünüdür.<sup>84</sup> Delil elde etme yöntemini gösteren yasalara her aykırılık mutlak anlamda hukuka aykırılık oluşturur. Hukuk devletinde kanunlar hukuka aykırı olamayacağından, hukuka aykırılığın “hak ihlali” doğurup doğurmadığını incelemek mümkün olmaz.<sup>85</sup> Kanuna aykırı bir husus evleviyetle hukuka aykırı olur. Hukuka aykırılık, kanuna aykırılığı da kapsayan genel bir kavramdır.

Bu tip bir mutlak değerlendirme yasağı da şüphesiz eleştirilebilir. Uygulamada bir çok sakıncayı da doğurabileceği düşünülebilir. Ancak bir hukuk devletinde, bir kişi her ne suç işlerse işlesin, kanunun sağladığı korumadan diğer insanlar gibi faydalanma hakkına sahiptir. Hukuki düzenlemeler genel ve soyuttur, herkesi korumaktadır.

Kanunun açıklığına rağmen pratik ihtiyaçlardan dolayı, kanunun olduğunun aksine yorumlamak sakıncalıdır. Doğru olan kanun koyucunun müdahale ile eğer bir sorun varsa bu sorunu çözmesidir. Delil elde etme konusundaki yöntemi belirleme yetkisi yasama organına aittir. Yargı organının görevi ise yasaları uygulamaktan ibarettir.

---

<sup>84</sup> ŞEN, Telefon, s.35,36

<sup>85</sup> KOCA, s.141





*HAKEMLİ*

## **TÜRK HUKUKUNDA SABİT DERECELER SİSTEMİ VE REHNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ**

*Av. Remzi DEMİR*

### **TÜRK HUKUKUNDA SABİT DERECELER SİSTEMİ**

#### **I. Derece ve Yan Derece Kavramları**

##### **A.Derece Kavramı**

Bir taşınmaz üzerinde birden çok taşınmaz rehni kurulabilir. Taşınmazın cebri icra yoluyla satışında ele geçen bedelin tüm rehinli alacaklıların alacağını karşılamaya yettiği hallerde taşınmaz üzerindeki rehinler arasındaki sıra herhangi bir önem arz etmeyecektir. Zira tüm rehinli alacaklılar alacaklarını elde etmiş olacaklardır. Halbuki paraya çevirme sonucunda ele geçen bedelin, tüm rehinli alacaklıların alacaklarını karşılamaya yetmediği hallerde, bu bedelin, rehinli alacaklılar arasında ne şekilde dağıtılacağı sorusu ile karşı karşıya kalınacaktır.<sup>1</sup>

Aynı taşınmaz üzerinde aynı anda mevcut ve çatışan sınırlı ayni haklar arasında sıra ilişkisi kuruluş tarihlerine göre belirlenir. Yani, önceki tarihli bir sınırlı ayni hak daha sonra kurulmuş bir sınırlı ayni hakka tercih edilir. Aynı taşınmazın aynı anda birden fazla rehin hakkına konu teşkil etmesi halinde rehin haklarının kendi aralarında öncelik ilişkisinin belirlenmesi gerekir. Taşınmaz rehinlerinin kendi aralarındaki sınırının belirlenmesinde biri “ilerleme sistemi” ve diğeri “sabit derece sistemi” olmak üzere iki ayrı sistem vardır.<sup>2</sup>

Roma hukukuna dayanan ilerleme sisteminde gayrimenkul rehni, gayrimenkul değerinin tamamını kapsar; rehnin, gayrimenkul değerinin bir kısmı üzerinde kurulması imkanı yoktur. Rehlinli alacaklı, rehnin paraya çevrilmesiyle elde edilen meblağın tamamından alacağının karşılanmasını

<sup>1</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 349

<sup>2</sup> AYAN, Mehmet. Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar. 3. Bası. Konya 2000,s.:143; EREL, Şafak N; Gayrimenkul Rehninde Sıra.Ankara 1977,s.: 15; KÖPRÜLÜ, Bülent – KANETİ, Selim; Sınırlı Ayni haklar.2. Bası. İstanbul 1982, s.: 350; GÜRSOY, Kemal Tahir- EREN, Fikret- CANSEL , Erol ; Türk Eşya Hukuku. 2. Bası. Ankara 1984,s.: 988

talep edebilir. Birden fazla gayrimenkul rehni varsa,, bunlar arasında sıra , kuruluş tarihlerine göre tespit edilir. Eski tarihli bir gayrimenkul rehni herhangi bir sebeple sona ererse, gayrimenkul rehinlerinden her biri , gayrimenkulün tamamına yönelmiş olduğundan alt sıradaki gayrimenkul rehni otomatikman sona eren rehni yerine ilerler. Bir boşluk doğmasına imkan yoktur. Bir rehin hakkı kurulmuşsa, rehinli alacaklının muvafakatı olmadan, daha önce gelecek bir gayrimenkul rehni kurmak imkanı yoktur.<sup>3</sup>

Cermen hukukundan kaynaklanan ve Medeni Kanunumuz tarafından benimsenen sabit dereceler sisteminde, rehni kuruluş tarihleri önem taşımamaktadır. Kanun koyucu diğer sınırlı aynı haklar ile taşınır rehni benimsediği ilerleme sisteminden ayrılarak, taşınmaz rehni belli istisnalarla sabit dereceler sistemini kabul etmiştir.<sup>4</sup> Bu sisteme göre, bir taşınmaz üzerinde kurulan çeşitli rehin hakları için, taşınmaz değerinin tümü yerine bu değer belirlenmiş bir bölümü teminat kapsamındadır. Rehni alacaklısı, taşınmazın tümünün değerine el atamaz. Her rehin hakkının alacaklıya sağladığı güvence, içinde bulunduğu derecenin tutarıyla sınırlandırılmıştır.<sup>5</sup>

Taşınmaz rehni sıra, tarafların iradesine göre tespit olunur. Sabit derece sisteminde taşınmazın değeri, farazi parçalara bölünmüştür. Her bir rehin hakkı, taşınmazın değerinin paraya çevrilmesinden elde edilecek tutarın belirli bir bölümünü kapsar. Taşınmazın bu farazi parçalarına derece denir. Her derecede, derecenin değeri kadar rehni kurulur. Rehni hangi derecede kurulmuşsa, o derecenin miktar ve sırası ile alacağı güvence altına alır.<sup>6</sup>

Medeni Kanunumuzun “ rehin derecesi... rehin derecesinin hükümleri” kenar başlığını taşıyan 870. maddesinin 1. fıkrasında “Rehni sağladığı güvence, tescilde belirtilen rehin derecesi ile sınırlıdır.” hükmüne yer verdikten sonra; “satış bedelinin dağıtılması” kenar başlığını taşıyan 874. maddesinin 1. fıkrasında da “rehinli taşınmazın satış bedeli, alacaklılar aralarında sıralarına göre dağıtılır.” hükmüne yer vermiştir. Derece, sonuç itibarıyla ipoteğe konu edilen taşınmazın değerinin farazi bir bölümüdür.<sup>7</sup> Bu tanıma rehni teminatının derecenin miktarı ile sınırlı olduğu ifadesini

---

<sup>3</sup> OĞUZMAN, Kemal; Seliçi, Özer; Eşya Hukuku , Filiz Kitabevi, İstanbul 2002,s.: 744

<sup>4</sup> ÖZTAN, Bilge.Medeni Hukuk'un Temel Kavramları. Turhan Kitabevi. 15. Bası. Ankara 2004,s.: 823

<sup>5</sup> KARAHASAN, Mustafa Reşit; Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku. Cilt: 2, Beta, İstanbul 2002,s.:221

<sup>6</sup> ÖZTAN, Bilge.Medeni Hukuk'un Temel Kavramları. Turhan Kitabevi. 15. Bası. Ankara 2004,s.: 823

<sup>7</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 350

ekleyen yazarlar<sup>8</sup> olduğu gibi, bazıları da rehinli alacaklının hakkının bir derecedeki değer sınırını aşamayacağını belirtmişlerdir.

## **B.Yan Derece Kavramı**

### **1. İpoteklerin Aynı Derecede Sırasız Olarak Yer Almaları**

Bir taşınmaz üzerinde birden çok ipotek tesis edildiğinde, bu ipoteklerin mutlaka farklı derecelerde kurulacağına dair bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bazen de, bir taşınmazlar üzerindeki ipotekler aynı derece içinde bulunan yan dereceler içinde yer alabilirler. Bu tarz ipoteye nadiren dahi olsa özellikle bankaların ipotek uygulamalarında rastlanmaktadır.<sup>9</sup> İpotekli alacaklıların tümü aynı derece içerisinde yer alacakları için, taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesinden elde edilen bedel, ipotekli alacaklıların alacaklarını karşılamaya yetmeyecek olursa, bu bedelin onlara alacakları oranında dağıtılması gerekmektedir.

Medeni Kanunumuzun 874. maddesine göre “ Ayrı sırada olan alacaklılar arasında o sıraya düşen satış bedeli alacakları oranında dağıtılır.” Taşınmazın paraya çevrilmesinde elde edilen satış parasından önce birinci derecedeki rehinli alacaklı o derecenin gösterdiği dereceden alacağını aldıktan sonra o geriye bir şey kalmış olursa, ikinci derecedeki rehinle alacaklı o derece ile sağlanan tutarla ilgili olarak alacağına kavuşabilir ki, bu işlem böylece sürdürülür. Taşınmaz rehininin kurulduğu derece ve bunun sırası, taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda etkilerini gösterir.<sup>10</sup>

Durumu bir örnekle somutlaştıracak olursak ; ( B ) bir taşınmazı üzerinde hepsi birinci derecede yer almak üzere ( A1 ) lehine 14.000 T.L.’lik, ( A2 ) lehine 10.000 T.L.’lik ve ( A3 ) lehine 6.000 T.L.’lik ipotek tesis etmiştir; zira bütün bu alacaklılar alacaklarının birinci derecede tesis edilecek ipoteklerle teminat altına alınmasını istemişlerdir. Taşınmaz cebri icra yoluyla paraya çevrilirken 26.000 T.L.’ye satılmış ise ve (A1)’in alacağı 12.000 T.L., ( A2 ) nin alacağı 8.000 T.L., ( A3)’ün alacağı da 4.000 T.L. ise herhangi bir sorunla karşı karşıya kalınmayacak; 26.000 T.L.’nin 24.000 T.L. sı ipotekli alacaklılara dağıtılacak, geri kalan 2.000 T.L. ise malike ödenecektir. Halbuki taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesinden

<sup>8</sup> KÖPRÜLÜ, Bülent – KANETİ, Selim; Sınırlı Ayni haklar.2. Bası. İstanbul 1982, s.: 352

<sup>9</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 352; KUNTALP, Erden; İpotek Dereceleri - Boş Dereceden İstifade ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar . Konferanslar Serisi No: 13, Türkiye Bankalar Birliği Yayını. Ankara 1979,s.17

<sup>10</sup> KARAHASAN, Mustafa Reşit; Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku. Cilt: 2, Beta, İstanbul 2002,s.:222

elde edilen bedel 26.000 T.L. değil de 12.000 T.L. ise bu bedel tümüyle (A1)'e ödenmeyecek; bu bedelin dağıtımında her bir ipotekli alacaklıya alacağı oranında bir ödeme yapılacaktır. Şöyle ki;

- toplam 24.000 T.L.'lik alacağın, 12.000 T.L.'lik kısmı (A1)'e ait olduğuna göre 12.000 T.L.'lik bedelin 12.000 / 24.000 T.L.'lik kısmı yani 6.000 T.L.'si (A1) e;

- toplam 24.000 T.L.'lik alacağın, 8.000 T.L.'lik kısmı (A2) ye ait olduğuna göre 12.000 T.L.'lik bedelin 8.000 / 24.000'lik kısmı yani 4.000 T.L.'lik kısmı yani 4.000 T.L.'si ( A2) ye;

- toplam 24.000 T.L.'lik alacağın, 4.000 T.L. 'lik kısmı (A3) e ait olduğuna göre 12.000 T.L.'lik bedelin 4.000 / 24.000 T.L.'lik kısmı yani 2.000 T.L. si ( A3)' e ödenecektir. Bu örnekte;

- ( A1) geri kalan 6.000 T.L.'lik

- ( B2) geri kalan 4.000 T.L.'lik

- ( C3) geri kalan 2.000 T.L.'lik ( adi) alacakları için müracaat edeceklerdir.<sup>11</sup>

## 2. İpoteklerin Aynı Derecede Sıralı Olarak Yer Almaları

Buraya kadar yapılan açıklamalardan yola çıkarak aynı derece içindeki yan derecelerde yer alan ipotekli alacaklılar arasında hiçbir şekilde bir sıra ilişkisi olamayacağı sonucuna varılmamalıdır. Bilakis taraflar arasında aksi yönde sözleşme yapılabilir ve birden çok ipotekli alacaklı aynı derecede yer almalarına rağmen aralarında bir sıra ilişkisi bulunabilir.<sup>12</sup> Aynı derecedeki yan derecelerde tesis olunan rehin hakları arasında sıra, malikle rehinli alacaklılar arasında sıra malikle rehinli alacaklılar arasında serbestçe kararlaştırılabilir.<sup>13</sup>

Bir örnekle somutlaştıracak olursak; ( B ) bir taşınmazı üzerinde birinci derecede ( A1) lehine 7.000 T.L.'lik, (A2) lehine 5.000 T.L.'lik ipotek tesis etmiş ve bu ipotekler tesis edilirken de taraflardan ( A1)'in birinci derece içindeki birinci yan dereceye, (A2)'nin ise ikinci yan dereceye yerleşmesine karar verilmiştir. Taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesinden ele

<sup>11</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 352-353

<sup>12</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 353

<sup>13</sup> EREL, Şafak N.; Gayrimenkul Rehininde Sıra, Ankara 1974,s.:32; GÜRSOY, Kemal Tahir-EREN, Fikret- CANSEL , Erol ; Türk Eşya Hukuku. 2. Bası. Ankara 1984,s.: 993; OĞUZMAN, Kemal; Seliçi, Özer; Eşya Hukuku , Filiz Kitabevi, İstanbul 2002,s.: 748

geçen bedel 6.000 T.L. ise ve bu arada ( A1)'in alacağı 4.000 T.L.'ye , ( A2) nin alacağı da 3.000 T.L.'ye tekabül etmişse ; eldeki toplam 6.000 T.L.'lik bedelin 4.000 T.L.'lik kısmı birinci derece birinci sırada ( birinci yan derecede) yer alan ( A1)'e, geri kalan 2.000 T.L.'lik kısmı da birinci derece ikinci sırada ( ikinci yan derecede ) yer alan ( A2)'ye ödenecektir. Bu örnekte toplam 3.000 T.L.'lik alacağının ancak 2.000 T.L.'lik kısmını borçludan talep edecektir.<sup>14</sup>

## **II. Medeni Kanun Hükümleri Çerçevesinde Sabit Derece Sisteminin Başlıca Özellikleri**

### **A.Rehin sağladığı güvencenin derecesine bağlı olması**

Medeni Kanunumuzun 870 / 1 maddesine göre, her rehin hakkı, tapu kütüğünde belirlenen ve içinde bulunduğu derecenin gösterdiği tutarı karşılayan bir güvenceden yararlanır.<sup>15</sup>Sabit dereceler sisteminde, rehin konusu taşınmazın değeri, rehin derecesi denilen farazi parçalara ayrılmıştır. Rehinli alacaklının hakkı, alacağın bağlı olduğu derecenin farazi değerini aşamaz. Örneğin, A taşınmazını 3 dereceye bölmüş ve her bir derece için belirli bir değer öngörmüş olabilir. 1. derece 500.000 T.L., 2. derece 300.000 T.L., 3. derece 200.000 T.L. gibi.<sup>16</sup>

Bir rehin derecesinin tutarı belli edildikten sonra, aşağıdaki derecede bulunan rehin hakkı sahiplerinin muvafakatı sağlanmadan artırılmaz. Çünkü, bir rehin derecesinin tutarının çoğaltılması, sonraki sıralı derecede yer alan rehin hakkı sahiplerinin güvencesinde bir azalma meydana getirir. ( Karahasan 222) Medeni Kanunumuzun 875 / II maddesine göre, daha önce belirlenmiş olan faiz oranı, sonradan gelen alacaklıların zararına olarak artırılmaz. Örneğin, (A) taşınmazını üç dereceye ayırmış, üzerinde rehin tesis etmişse, ikinci derecedeki değerini, ancak üçüncü derecedeki rehin alacaklısı, buna müsaade ederse artırabilir. Mesela ikinci derecedeki değeri ( 200.000 T.L), 300.000 T.L. olarak artırmak istediğinde, üçüncü derecedeki rehinli alacaklı bunu kabul etmelidir.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 354

<sup>15</sup> KARAHASAN, Mustafa Reşit; Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku. Cilt: 2, Beta, İstanbul 2002,s.:222

<sup>16</sup> ÖZTAN, Bilge.Medeni Hukuk'un Temel Kavramları. Turhan Kitabevi. 15. Bası. Ankara 2004,s.: 823

<sup>17</sup> ÖZTAN, Bilge.Medeni Hukuk'un Temel Kavramları. Turhan Kitabevi. 15. Bası. Ankara 2004,s.: 825

## B.Ön sıralı derecenin boş bırakılması

Malik, taşınmazı üzerinde herhangi bir ipotek hakkı bulunmasa bile bir veya birkaç rehin derecesini saklı tutma yoluna gidebilir ve böylelikle alacaklıya daha alt derecelerde bir ipotek derecesi tahsis edebilir. Derecenin teminat miktarı bir kere tespit edilip tescil edildikten sonra, sonra gelen derecelerde tespit edilmiş rehinli alacaklıların muvafakati olmadan artırılmaz.<sup>18</sup>Zira Medeni Kanunumuzun “ rehin derecesinin hükümleri” kenar başlığını taşıyan 870/ II’ye göre, taşınmaz rehni sırada kendisinden önce gelecek olanın miktarının tescilde belirtilmesi kaydıyla ikinci veya daha sonraki derecede de kurulabilir.<sup>19</sup>

M. K. Md. 870 / II’ye göre , rehin hakları, önceki dereceler için ayrılan para tutarları tapu kütüğünde gösterilmek koşulu ile, ikinci ya da daha sonraki bir derecede kurulabilir. Saklı tutulan üst dereceler, parasal tutarları da açıklanıp tescil edilmek gerekir. Saklı tutulan rehin derecesi üzerinde malik dilediği gibi tasarruf edebilir. Sonradan o derecede başka alacaklı yararına bir rehin hakkı kurulabilir. Gelgelelim, boş dereceye özgülenen güvence tutarı aşılamaz. Oysa, saklı tutulan boş dereceye tescil edilen rehin hakkı, sıra yönünden sonraki derecelere tesis edilmiş olan rehin haklarından önce gelir. Öbür sınırlı aynı haklarda sıra, boş bırakılan rehin derecesinin tescil tarihine göre belirlenir.<sup>20</sup> Başka bir deyişle, boş derecede sonraki bir tarihte rehin hakkı kurulmuş olsa boş derecenin tescil tarihinden sonra taşınmaz üzerinde kurulan öbür sınırlı aynı haklar, sıra yönünden boş dereceye tescil edilen rehin hakkının altında yer alırlar.<sup>21</sup> Böylelikle taşınmaz üzerinde sonradan hak sahibi olacak üçüncü kişilerin ( özellikle de sonraki derecedeki rehinli alacaklıların ) saklı tutulan derecelerin tutarlarını bilmelerine imkan tanınarak onların korunmaları amaçlanmıştır.<sup>22</sup>Yargıtay da aynı kanaattedir.<sup>23</sup>

Durumu bir örnekle somutlaştıracak olursak; birinci derecede kurulmuş 10.000 T.L.’lik bir gayrimenkul rehni varsa malik ikinci dereceyi miktarını ( 30.000 T.L. gibi) belirtmek suretiyle kendisi için saklı tutarak yeni alacak için üçüncü derecede bir gayrimenkul rehni kurabilir. Sonradan saklı tuttuğu ikinci derecede bir diğer alacaklı lehine 30.000 T.L.’ye kadar yeni bir rehin

<sup>18</sup> EREL, Şafak N.; Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974,s.:41

<sup>19</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 356

<sup>20</sup> KARAHASAN, Mustafa Reşit; Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku. Cilt: 2, Beta, İstanbul 2002,s.:223

<sup>21</sup> KÖPRÜLÜ, Bülent – KANETİ, Selim; Sınırlı Aynı haklar.2. Bası. İstanbul 1982, s.: 357; AKİPEK, Jale G.; Türk Eşya Hukuku, Cilt: 3, Ankara 1974,s.:211)

<sup>22</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 357

<sup>23</sup> UYAR, Talih ; Türk Medeni Kanunu. C: IV. Eşya Hukuku. Ankara 2003. s.:3927-3928’ de yer alan Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 08.04.1999 tarih ve E.: 2007, K.: 2264 sayılı kararı.

tescil edebilecektir. Bu halde, ikinci derecede tescil edilen gayrimenkul rehni tarih bakımından daha yeni olmasına rağmen, sıra bakımından üçüncü derecede daha evvel kurulmuş olan gayrimenkul rehninden önce gelir.<sup>24</sup>

### **C.Derecelerin birbirinden bağımsız olması**

Sabit dereceler sisteminin en temel özelliği bu sistemde boşalan bir derecenin kural olarak yine boş kalmasıdır. Birbirinden bağımsız olan rehin dereceleri, sürekli bir varlığa sahiptir. M.K. 871 / 1-2 fıkralarına göre; “ Aynı taşınmaz üzerinde farklı sıralarda kurulmuş bulunan rehin haklarından birinin terkin edilmiş olması, sonraki sırada yer alan rehinli alacaklıya boşalan dereceye geçme hakkı vermez. Terkin edilen rehin hakkı yerine yeni bir rehin hakkı kurulabilir.” Yani bir rehin derecesi içinde rehin hakkı sona erip çizilirse ( terkin edilirse ) alt sıradaki rehinler onun yerine ilerlemezler. Bu durumda taşınmazda boş bir rehin derecesi oluşur.<sup>25</sup> Malik boş kalan derecede, derecenin teminat miktarını aşmamak kaydıyla, yeni gayrimenkul rehni kurabilir. Boş derecede malik bir defada tek bir gayrimenkul rehni kurabileceği gibi, teminatı yan derecelere bölerek ayrı ayrı zamanlarda birden fazla gayrimenkul rehni dahi kurabilir. Yan derecedeki miktar ile teminat altına alınan bir rehinli alacak ödenir, yan derecedeki gayrimenkul rehni terkin edilirse, bu halde diğer yan derecelerde kayıtlı rehinli alacaklıların teminat artmış olmaz; malik boşalan yan derece miktarına kadar yeni bir gayrimenkul rehni kurabilir. Örneğin, bir taşınmazda birinci derecede 20.000 T.L., ikinci derecede 20.000 T.L.’lik taşınmaz rehni tescil edilmişse, birinci derecedeki 20.000 T.L.’lik gayrimenkul rehninin terkinini ile derece boşalmış olur; malik 20.000 T.L. teminat miktarı ile o derecede yeni bir gayrimenkul rehni kurabilir veya dereceyi 5.000 T.L. ve 15.000 T.L.’lik iki yan dereceye ayırarak, iki rehin kurma imkanına sahiptir. Bunlardan 5.000 T.L.’lik rehin tesis edebilir.

Derecelerin birbirinden bağımsız olması ilkesinin bir başka yansıması da, sona eren ipotek bir limit ipoteği ise boşalan bu dereceye, aynı ve sonraki derecelerdeki tüm ipotekli alacaklılar rıza göstermediği sürece, ancak bir limit ipoteği kurulabileceği, anapara ipoteği kurulamayacağı<sup>26</sup> ; sona eren ipotek anapara ipoteği ise boşalan derecede sona eren anapara ipoteği ile aynı tutarda ve aynı faiz oranında yeni bir anapara ipoteği kurulabilir ya da sona eren anapara ipoteğinin terkin edildiği anda tüm yan alacaklar dahil olmak üzere temin ettiği tutar kadar bir limit ipoteği kurulabilir.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> OĞUZMAN, Kemal; Seliçi, Özer; Eşya Hukuku , Filiz Kitabevi, İstanbul 2002,s.: 749

<sup>25</sup> KARAHASAN, Mustafa Reşit; Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku. Cilt: 2, Beta, İstanbul 2002,s.:223

<sup>26</sup> EREL, Şafak N.; Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974,s.:48

<sup>27</sup> ALTOP, Atilla; 4489 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpotek Alacak Bakımından kapsamı ve Anapara

### III. Sabit Dereceler Sistemi'nin İstisnaları

#### A. Sözleşmeden Doğan İstisna

##### 1. Boş Dereceye İlerleme Hakkı

Medeni Kanunumuzun “ rehin dereceleri arasındaki ilişki” kenar başlığını taşıyan 871/ 3. fıkrasına göre, “ Sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan dereceye geçme hakkı veren sözleşmelerin geçerliliği, resmi şekilde yapılımlarına; aynı etki sağlamaları, tapu kütüğüne şerh verilmelerine bağlıdır.” Buna göre, alt derecedeki bir ipotekli alacaklı malikle yapacağı sözleşme ile boşalan rehin derecesine ilerleme hakkı elde edebilecektir. Ancak, sözleşmenin geçerli olması resmi şekle uyulmuş olmasına bağlıdır. Sözleşmeye resmi şekli verecek olan tapu sicil memurlarıdır.<sup>28</sup>

Malik ile alt derecedeki ipotekli alacaklı arasında yapılacak boş dereceye ilerleme sözleşmesi ile malik, alt derecedeki ipotekli alacaklıya üst derece boşalacak olursa onu boşalan ipotek derecesine ilerletmeyi taahhüt etmektedir. Taraflar “ serbest dereceden istifade hakkı”<sup>29</sup> denilen bu sözleşmenin içeriğini sözleşme serbestisinin sınırları içinde diledikleri şekilde belirleyebileceklerdir. Malik bu sözleşmedeki alt derecedeki alacaklıya hemen önündeki dereceye veya onu atlayarak bir üst dereceye ya da gelecekte boşalacak tüm boş derecelere sırayla ilerleme hakkı tanıyabilir. Eğer taraflar boş dereceye ilerleme hakkının ne şekilde kullanılacağını açıkça kararlaştırmamışlarsa ilerlemenin nasıl gerçekleşeceği hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir düşünceye göre bu ihtimalde ipotekli alacaklı, boşalan herhangi bir dereceye ilerleme imkanına sahip olacaktır.<sup>30</sup> Bir düşünceye göre ise bu ihtimalde ipotekli alacaklının ancak art arda ilerlemesi söz konusu olabilecektir.<sup>31</sup>

---

İpoteği – Limit ( Üst Sınır) İpoteği Ayrımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları. Aysel Çelikel'e Armağan. İstanbul 2001,s.:34; KUNTALP, Erden; Anapara Ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı, Ankara, 1989,s.: 44

<sup>28</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008,s.: 361; SELİÇİ, Özer; Gayrimenkul Rehninde Boş Dereceye İlerleme Hakkı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt: XL, Sayı: 1-4, İstanbul 1974, s.:437; SUNGURBEY, İsmet ; Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi. İstanbul 1963,s.: 47

<sup>29</sup> AYBAY, Aydın – HATEMİ, Hüseyin ; Eşya Hukuku Dersleri. Filiz Kitapevi. İstanbul 1996,s.: 185; GÜRİSOY, Kemal Tahir- EREN, Fikret- CANSEL , Erol ; Türk Eşya Hukuku. 2. Bası. Ankara 1984,s.: 999

<sup>30</sup> OĞUZMAN, Kemal; Seliçi, Özer; Oktay Özdemir, Saibe; age, s: 72; AKSOY, Sanem; Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve İstisnaları. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, S.: 620

<sup>31</sup> GÜRİSOY, Kemal Tahir- EREN, Fikret- CANSEL , Erol ; Türk Eşya Hukuku. 2. Bası. Ankara 1984,s.: 988; KUNTALP, Erden; İpotek Dereceleri - Boş Dereceden İstifade ve



Bir örnek vererek durumu somutlaştıracak olursak,(B) bir taşınmazı üzerinde ( A1) lehine birinci derecede 50.000 T.L.'lik, ( A2 ) lehine ikinci derecede 40.000 T.L.'lik, A3 lehine de üçüncü derecede 60.000 T.L.'lik ipotek kurmuştur. Lehine dördüncü derecede ipotek kuracağı ( A4) ise dördüncü derecedeki ipoteğe ancak kendisine gelecekte boşalacak birinci dereceye ilerleme hakkı tanınacak olursa razı olacağını belirtmiştir. Malik ile dördüncü derecedeki ipotekli alacaklı ( a4) arasındaki ipotek sözleşmesiyle ( A4) lehine 30.000 T.L.'lik bir ipotek tesis edilmesi kararlaştırılmış ve ( A4)'e boşalacak olursa birinci dereceye ilerleme hakkı tanınmıştır. Bu örnekte ( A1) lehine birinci derecede kurulan ipotek hakkı sona erdiğinde ( A4)'ün boşalan birinci dereceye ilerletilmesi gerekecektir.

Taraflar arasındaki sözleşmede ayrıca belirtilmediği, bir sınır çizilmediği müddetçe, alt derecedeki ipotekli alacaklıya tanınan ilerleme hakkının sınırsız olduğu, ona, boşalan tüm derecelerden sürekli olarak yararlanma hakkı tanındığı kabul edilmelidir. Ayrıca, malikin aynı derecede içinde bulunmakla birlikte kendi içlerinde sıraya tabi olan ipoteklerde alt sırada yer alan bir ipotekli alacaklıya ön sırada bulunan boşalacak yan dereceye ilerleme hakkı tanınması da mümkündür.<sup>32</sup> Hatta aynı derece içinde kendi aralarında bir sıra ilişkisi bulunmayan ipotekli alacaklılara dahi böyle bir hak tanınması mümkündür. Bu ihtimalde kendisine böyle bir hak tanınan ipotekli alacaklı, aslında gerçek anlamda bir ilerleme hakkına sahip olmamakta sadece malikten aynı derece içinde sona eren ipoteğin yerine bir başka ipotek tesis etmemesini talep etme hakkı elde etmektedir.<sup>33</sup>

Boş dereceye ilerleme hakkına sahip bir ipotekli alacaklının, bu hakkını kullanabilmesi için her şeyden önce üst derecelerde yer alan bir ipotek hakkının sona ermesi ve de tapu sicilinden terkin edilmiş olması gerekir. Bu terkin işleminin akabinde, boş dereceye ilerleme hakkı sahibi olan alt derecedeki ipotekli alacaklı, malikten kendi ipoteğinin boşalan dereceye ilerletilmesi için tapu silinde tescil talebinde bulunmasını ( M.K. 1013) isteyecektir. Zira boş dereceye ilerleme hakkı, sahibine, tapu siciline bizzat müracaat ederek boş dereceye ilerletilmesini talep edebilme imkanı

---

Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar . Konferanslar Serisi No: 13, Türkiye Bankalar Birliği Yayını. Ankara 1979,s.:21

<sup>32</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008,s.: 363

<sup>33</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 364; AKSOY, Sanem; Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve İstisnaları. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, S.: 618; SELİÇİ, Özer; Gayrimenkul Rehninde Boş Dereceye İlerleme Hakkı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt: XL, Sayı: 1-4, İstanbul 1974, s.:436

vermemektedir. Ayrıca tapu memurunun da kendiliğinden ( res'en ) harekete geçerek boş dereceye ilerleme hakkının icrasını sağlaması mümkün değildir.<sup>34</sup>

Malikin, boş dereceye ilerleme hakkına sahip alacaklının talebine uyarınca tapu siciline aynı doğrultudaki talebini yazılı olarak beyan etmesi yeterlidir. Malikin yazılı istemi üzerine, tapu memuru kütükte gereken değişikliği gerçekleştirecek, alt derecedeki ipotekli alacaklının derecesini terkin edip ona boşalan ipotek derecesinin sayısını verecektir. Bu ihtimaldeki tescil, kurucu niteliktedir. Eğer malik alacaklının bu talebine uymayacak olursa alacaklının malike karşı M.K. 716'ya kıyasen bir dava açabileceği ve mahkemenin vereceği yenilik doğurucu nitelikteki hükümlerle boşalan dereceye ilerleyeceği kabul edilmelidir. Bu ihtimalde tapu siciline yapılacak tescil açıklayıcı nitelikte olacaktır.<sup>35</sup>

## 2. Boş dereceye İlerleme Hakkının Şerhi

Kanun koyucu boş dereceye ilerleme hakkının tapu siciline şerh edilebilmesine imkan tanımıştır. Bunun için malik ile ipotekli alacaklı arasında tapuda resmi şekilde yapılmış bir şerh anlaşmasının mevcut olması ve malikin tapu kütüğüne müracaat ederek yazılı olarak şerh talebinde bulunması gerekir.<sup>36</sup> M.K. 871 / III hükmüne göre hakkın tapu siciline tescili ona aynı etki kazandıracaktır. Böylece ipotekli alacaklı, boş dereceye ilerleme hakkını, şerhten sonra taşınmazı iktisap edecek veya taşınmaz üzerinde kendi hakkını kullanmasına engel olacak nitelikte bir hak iktisap edecek tüm üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecektir. Zira M.K. 1009 / II fıkrasına göre "Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir."

<sup>34</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 364; AKSOY, Sanem; Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve İstisnaları. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, S.: 622; SELİÇİ, Özer; Gayrimenkul Rehninde Boş Dereceye İlerleme Hakkı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt: XL, Sayı: 1-4, İstanbul 1974, s.:453

<sup>35</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 364; aksi kanıda AKSOY, Sanem; Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve İstisnaları. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, S.: 620; SELİÇİ, Özer; Gayrimenkul Rehninde Boş Dereceye İlerleme Hakkı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt: XL, Sayı: 1-4, İstanbul 1974, s.:440; KUNTALP, Erden; İpotek Dereceleri - Boş Dereceden İstifade ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar . Konferanslar Serisi No: 13, Türkiye Bankalar Birliği Yayını. Ankara 1979,s.:25

<sup>36</sup> SUNGURBEY, İsmet ; Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi. İstanbul 1963,s.: 105-106; KARAHASAN, Mustafa Reşit; Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku. Cilt: 2, Beta, İstanbul 2002,s.:225; KÖPRÜLÜ, Bülent – KANETİ, Selim; Sınırlı Ayni haklar.2. Bası. İstanbul 1982, s.: 360; AKİPEK, Jale G.; Türk Eşya Hukuku, Cilt: 3, Ankara 1974,s.:212

Malik, taşınmazı üzerinde birden çok ipotek tesis etmiş ve alt derecedeki ipotekli alacaklılardan mesela ikisine boş dereceye ilerleme hakkı tanımış ve daha sonra taşınmazını üçüncü bir kişiye devretmiş ise ve her iki ipotekli alacaklı lehine tanınan boş dereceye ilerleme hakkı da tapu siciline şerh edilmişse bu haklardan hangisine öncelik tanınacağı sorusu ile karşı karşıya kalınacaktır.<sup>37</sup> Taraflar arasında ayrıca bir sözleşme bulunmadığı sürece bu hakların tapu siciline şerh edilmiş tarihleri esas alınmalı yani boş dereceye ilerleme hakkı daha önce şerh edilmiş olan ipotekli alacaklının hakkı tapu siciline daha sonra şerh edilen ipotekli alacaklıya oranla öncelikli olmalıdır.<sup>38</sup>

## **B. Kanundan Doğan İstisna**

### **1. Boş Derecenin Yok Sayılması**

M.K. 872. maddesinin “boş dereceler” kenar başlığını taşıyan düzenlemesine göre “Sonraki sıralarda kurulmuş bir rehin hakkından önce gelen bir rehin mevcut değilse veya borçlu önceki bir rehin senedi üzerinde tasarruf etmemişse ya da önceki sırada bulunan rehinli alacak, o derece için tescilde belirtilen miktardan az ise; taşınmazın paraya çevrilmesinde satış bedeli, boş derece hesaba katılmaksızın sonraki alacaklılara sıralarına göre dağıtılır.”

Hükmün bu düzenlemesine göre, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip sürecinde taşınmazın üzerinde önceki derecelerde saklı tutulmuş ya da boşalmış bir derece varsa ve bu derece tümüyle ya da kısmen boş ise satış bedeli dağıtılırken bu boş dereceler hesaba katılmayacaktır.<sup>39</sup> Örneğin, sonraki derecede bir rehin hakkı kurulurken ön derecede belirli bir miktar için saklı tutulmuş ve daha sonra da doldurulmamıştır.; önceki sıralı rehin derecelerinden biri boşalmış, ama malik bunu yeni bir rehin hakkı kurarak doldurmamıştır; belirli bir rehin derecesiyle temin edilen alacak tutarından daha azdır; belirli bir rehin derecesine tescil edilmiş ipotekli borç senetleri veya irat senetleri malik adına düzenlenmişler ya da hamiline düzenlendikleri halde malikin elinde kalmış veya daha sonra malikin eline geçmiş ve malik bunlar üzerinde devir veya rehin gibi herhangi bir tasarrufta bulunmamıştır.<sup>40</sup> Bu durumlarda rehin hakları boş kalan dereceleri

<sup>37</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008,s.: 367

<sup>38</sup> BURCUOĞLU, Haluk ; Hukukçu Gözüyle Banka Uygulamasında İpotekle İlgili Önemli Sorunlar. Pamukbank Eğitim Yayınları. İstanbul 1991,s.: 10

<sup>39</sup> OĞUZMAN, Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY Özdemir, Saibe; age, s: 717 EREL, Şafak N.; Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974,s.:52-57

<sup>40</sup> AYAN, Mehmet. Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar. 3. Bası, Konya 2000,s.:149 ; KÖPRÜLÜ, Bülent – KANETİ, Selim; Sınırlı Ayni haklar.2. Bası. İstanbul 1982, s.: 363;

dolduracak şekilde ilerlemiş olur ve satış sonu elde edilen para sıralarına göre bunlar arasında paylaştırılır.

## 2. Arazinin Islahı ( M.K. 878 / f.2'den Kaynaklanan İstisna )

Kanundan doğan ilerleme hallerinden ikincisi, malikin, arazinin ıslahı çalışmalarında yapacağı masrafları karşılamak üzere aldığı kredi için taşınmaz rehni kurmasıdır. Burada da rehin hakkı sözleşme ve buna dayanan tescil ile kurulur. Medeni Kanunumuzun “ arazinin iyileştirilmesi halinde rehin hakkı .. öncelik” kenar başlığını taşıyan 877. maddesine göre “ Bir kamu kurumu veya kuruluşunun katkısıyla iyileştirilen arazinin değerinde bir artma meydana gelirse malik, iyileştirme giderlerinden payına düşeni karşılamak üzere kendisine ödünç veren alacaklı lehine tescil suretiyle rehin hakkı kurabilir. Kurulan rehin, taşınmaz üzerindeki diğer bütün yüklerden önce gelir. İyileştirme, kamu kurum veya kuruluşunun katkısı olmaksızın yapılmış ise, malik taşınmazı üzerinde en çok masrafların üçte ikisi için rehin kurabilir”

Bu hükme göre, bir kamu kurum ya da kuruluşunun katkılarıyla ( hükümet eliyle) yapılan iyileştirme sonucunda toprağın değeri artarsa, malik, payına düşen giderler için, bu araziye, giderleri ödemek üzere kendisine ödünç para veren kimse yararına olarak rehin hakkı ile bağlayabilir; bu, tapu kütüğüne tescil olunur ve o arazi üzerinde bulunan bütün yükümlülüklerden önce gelir. <sup>41</sup>Böylelikle, arazide iyileştirmeyi sağlamak için yapılan masrafların sonucunda ortaya çıkan kıymet artışından, öncelikle bu masraflar için kredi veren alacaklının yararlanması amaçlanmıştır. Ancak bunun için arazinin iyileştirilme çalışmalarının kamu kurum veya kuruluşunun katılımı ile gerçekleştirilmesi şarttır. <sup>42</sup>

Malikin yazılı tescil talebi ile tapu kütüğüne tescil ile kurulacak bu ipotegın kapsamına hangi alacakların gireceği arazinin ıslahı için yapılan masraflar bakımından kamu kurum veya kuruluşunun parasal yardımda bulunmuş olup olmamasına göre değişiklik arz edecektir. <sup>43</sup> Şöyle ki; İlgili kamu kurum veya kuruluşu, arazinin iyileştirilmesi için yapılan masrafların

---

GÜRSOY, Kemal Tahir- EREN, Fikret- CANSEL , Erol ; Türk Eşya Hukuku. 2. Bası. Ankara 1984,s.: 1004; DAVRAN, Bülent; Rehin Hukuku Dersleri. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları. İstanbul 1972,s.: 38

<sup>41</sup> KARAHASAN, Mustafa Reşit; Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku. Cilt: 2, Beta, İstanbul 2002,s.:226

<sup>42</sup> KÖPRÜLÜ, Bülent – KANETİ, Selim; Sınırlı Ayni haklar.2. Bası. İstanbul 1982, s.: 364; GÜRSOY, Kemal Tahir- EREN, Fikret- CANSEL , Erol ; Türk Eşya Hukuku. 2. Bası. Ankara 1984,s.: 1005; EREL, Şafak N.; Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974,s.: 58

<sup>43</sup> AYAN, Mehmet. Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar. 3. Bası. Konya 2000,s.:150 ; KÖPRÜLÜ, Bülent – KANETİ, Selim; Sınırlı Ayni haklar.2. Bası. İstanbul 1982, s.: 366; GÜRSOY, Kemal Tahir- EREN, Fikret- CANSEL , Erol ; Türk Eşya Hukuku. 2. Bası. Ankara 1984,s.: 1006

karşılanması bakımından arazi malikine parasal yardımda bulunmuş ise malik, iyileştirme giderlerinden kendi payına düşen kısmı karşılamak üzere aldığı kredinin tamamı için, taşınmazı üzerinde alacaklısı lehine diğer tüm yüklerden önce gelecek şekilde ipotek tesis edebilecektir. ( M.K. 877/I)<sup>44</sup> İlgili kamu kurum veya kuruluşu arazinin iyileştirilmesi için yapılan masrafların karşılanması bakımından arazi malikine parasal yardımda bulunmamış ise malikin taşınmazı üzerinde, alacaklısı lehine diğer tüm yüklerden önce gelecek şekilde kuracağı ipotek, bu kez, onun iyileştirme giderlerini karşılamak üzere aldığı kredinin ancak üçte ikisini teminat altına alabilecektir. ( M.K. 877/II) <sup>45</sup>

Medeni Kanunumuzun “borcun ödenmesi ve rehnin sona ermesi” kenar başlığını taşıyan 878. maddesinin “ İyileştirme, kamu kurum veya kuruluşunun katkısı olmaksızın yapılmış ise, rehinli alacağın en çok beş yıl içinde eşit taksitlerle ödenmesi gerekecektir.” şeklindeki 1. fıkrası uyarınca ipotekle teminat altına alınan alacağın eşit taksitlerle en çok beş yıl içinde ödenmesi gerekecektir. Aynı maddenin 2. fıkrası ise şu şekilde kaleme alınmıştır: “ Alacağın veya yıllık taksitlerin muaccel olmasından beş yıl sonra rehin hakkı sona erer ve sonraki alacaklılar sıralarına göre ilerler.”

Hükmün bu düzenlemesine göre, taşınmaz üzerindeki ipoteğin alacağın veya yıllık taksitlerinin muaccel olmalarının üzerinden beş yıl geçince sona ereceği ve sonraki alacaklıların eski sıralarına göre ilerleyeceği açıktır. Aynı kural, malikin borcunu ödemesi üzerine ipoteğin sona ermesi halinde de geçerlidir. Taşınmaz üzerinde kurulan bu ipotek hakkı, herhangi bir derece işgal etmeksizin imtiyazlı bir sıra almaktadır. Dolayısıyla malikin, ipoteğin sona ermesinden sonra üzerinde yeniden tasarruf edebileceği boş bir dereceye sahip olması da söz konusu olamayacaktır. <sup>46</sup>

### **3. Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpoteklerin Sona Ermesi**

Tescile bağlı olmayan kanuni ipotekler, tescile bağlı olmaksızın taşınmaz üzerinde kendiliğinden doğmaktadırlar ve ya taşınmaz üzerindeki tescil edilmiş tüm yüklerden önce gelmekte ( M.K. 865 / III ve M.K. 867 / II – 2 ) ya da lehine böyle bir rehin hakkı doğan ipotekli alacaklının ipotek derecesi ile aynı sırayı almaktadırlar. ( M.K. 875 /I-2 ve M.K. 876) Bu ipotekler taşınmaz üzerinde ayrı bir ipotek derecesi işgal etmeksizin var oldukları için sona ermeleri halinde boşalan ayrı bir derecenin varlığından

<sup>44</sup> OĞUZMAN, Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY Özdemir, Saibe; age, s:718

<sup>45</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008,s.: 371; OĞUZMAN, Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY Özdemir, Saibe; age, s:718

<sup>46</sup> EREL, Şafak N.; Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974,s.:58; HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008,s.: 372

söz edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla malik sona eren bu ipoteklerin yerine başka bir ipotek kuramayacak ve sonraki sıradaki ipotekler sıralarına göre ilerleyeceklerdir.<sup>47</sup>

#### **IV. Sistemin Yabancı Para Üzerinden İpotekteki Özellikleri**

Yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için M.K. 851 / I gereğince yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilir. Hükümün bu düzenlemesine göre, yabancı para üzerinden ipotek tesisi için alacaklının bir kredi kuruluşu olması; bu kredi kuruluşu tarafından kredi verilmiş olması; ve bu kredinin yabancı para üzerinden veya yabancı paraya endeksli olarak verilmiş olması gerekir.<sup>48</sup> Ancak, yabancı para üzerinden ipoteğin şartlarının olduğu hallerde ipoteğin yabancı para birimi üzerinden tesis edilmesi zorunlu değildir. Taraflar dilerlerse Türk Lirası üzerinden ipotek tesisi yoluna da gidebilirler.<sup>49</sup>

Medeni Kanunumuzun 851 / II maddesine göre “ Ancak, aynı derecede birden fazla para türü kullanılarak rehin kurulamaz” denilmektedir. Görüldüğü üzere hüküm, aynı derece içinde yabancı para üzerinden birden çok ipotek kurulacağı zaman birden fazla para türünün kullanılmayacağını kabul etmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre aynı derecede kurulacak bu ipotekler kendi içlerinde bir sıraya tabi olsunlar ( yan derecelerde sıralı ipotekler) ya da olmasınlar ( paralel ipotekler ) sonuç değiştirmeyecek ve tüm ipotekler aynı yabancı para birimi üzerinden tesis edileceklerdir. Aynı maddenin III. fıkrasında da “ Yabancı para üzerinden kurulan rehne ait bir derecenin boşalması halinde, yerine, tescil edileceği tarihteki karşılığı Türk parası veya yabancı para üzerinden rehin kurulabilir. Türk parası ile kurulmuş bir rehne ait derecenin boşalması halinde ise, yerine tescil edileceği tarihteki karşılığı yabancı para üzerinden rehin kurulabilir” düzenlemesi mevcuttur. Buna göre, yabancı bir para ipoteğinin sona ermesi halinde, yerine yine aynı yabancı para birimi veya başka bir yabancı para birimi üzerinden ya da Türk Lirası üzerinden ipotek tesis

<sup>47</sup> EREL, Şafak N.; Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974,s.:85; HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008,s.: 372

<sup>48</sup> EKEN, Senem; Yabancı Para İpoteği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi; İstanbul 2006 - BARLAS, Nami; Yeni Medeni Kanunun Aynı Teminatlarla İlişkin Düzenlemeleri , Ünal Tekinalp'e Armağan , Cilt: II, İstanbul 2003,s.581- KUNTALP, Erden; Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni, Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995 , Ankara, 1995,s.:293 vd. KILIÇOĞLU, Ahmet; Medeni Kanunumuzun Aile - Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003 s. 325-326

<sup>49</sup> REİSOĞLU, Safa; Yeni Medeni Kanun Hükümlerine Göre yabancı Para İpoteği, Bankacılar Dergisi,S: 45, Yıl: 2002. s.: 72

edilebilecektir. Doktrindeki bir düşünceye göre; bir derecedeki yabancı para ipoteğinin sona ermesi üzerine boşalan dereceye geçen birden çok ipotek, o derecede bir alt derece işgal edecekse bu alt dereceler ayrı bir derece niteliğinde olduğundan ve bu nedenle ayrı bir sırada bulunduğundan her alt derecedeki ipotek farklı bir para türünden olabilecektir.<sup>50</sup>

Bütün bu para birimlerinin birbirlerine dönüşümünde M.K. 851 / IV maddesindeki kurala göre, “ Yabancı veya Türk parası karşılıklarının hesabında hesap günündeki Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının döviz alış kuru esas alınır.” Bir derecede herhangi bir para birimi üzerinden tesis edilen ipoteğin sona ermesi üzerine o derece içinde sona eren ipotek yerine bir başka para birimi üzerinden ipotek tesis edilecekse, yabancı para veya Türk parası karşılıklarının hesabında yeni kurulacak ipoteğin tescil tarihindeki Türkiye Cumhuriyeti Merkez bankası döviz alış kurunun esas alınması gerekecektir.<sup>51</sup>

## REHNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

### I. Rehin Hakkı Tanımı

Ticari yaşamda kişiler kredi temin etme ihtiyaçları için bir malları üzerinde rehin kurmayı göze aldıklarında daha hızlı bir şekilde istedikleri krediye kavuşmaktadırlar. Alacaklı da rehin almak suretiyle kendine eşya üzerinde öncelikli bir hak elde etmiş olmaktadır. Böylece borçlu ileride borcunu ödeyemediğinde alacaklı alacağını tahsil için öncelikle söz konusu rehinli eşyaya başvurduğundan borçlunun bu süreçteki ekonomik durumunun değişiminden çok fazla etkilenmemesi sağlanmış olmaktadır.<sup>52</sup> Rehin, hak sahibine başkasına ait bir mal veya hakkın paraya çevrilmesi yoluyla elde edilen tutardan alacağını elde etme yetkisi veren sınırlı bir ayni haktır. <sup>53</sup> Aynı nitelik taşıması, onu, yine bir alacağı teminat altına almayı amaçlayan teselsül, kefalet ve garanti sözleşmelerinden ayırır. <sup>54</sup>

Bir alacağı teminat altına alan ve alacak zamanında ifa edilmediği takdirde sahibine rehin konusu şeyi icra dairesi aracılığıyla sattırıp

<sup>50</sup> REİSOĞLU, Safa; Yeni Medeni Kanun Hükümlerine Göre Yabancı Para İpoteği, Bankacılar Dergisi, S: 45, Yıl: 2002, s.: 80

<sup>51</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 374

<sup>52</sup> TUNA, Burcu Ece ; Menkul Rehininin Paraya Çevrilmesi Güncel Hukuk Yayınları. İstanbul 2009, s. 1

<sup>53</sup> BUDAK, Ali Cem; İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip . XII Levha Yayınları. İstanbul 2010. S.: 1; OĞUZMAN, Kemal; Seliçi, Özer; Oktay Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku , Filiz Kitapevi, İstanbul 2002. s. 693

<sup>54</sup> AYAN, Mehmet. Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar. 3. Bası. Konya 2000, s.127

bedelinden alacağını almak yetkisi veren aynı hak olan rehin hakkı, sahibine, belirli bir dereceye kadar da olsa eşya üzerinde tasarruf edebilme yetkisi verir. Gerçekten, rehinle teminat altına alınmış bir borç zamanında ifa edilmezse, rehinli alacaklı, tek başına ( malikin rızasını alması gerekmeksizin) rehin konusu şeyin paraya çevrilmesini ve elde edilecek bedelden alacağının ödenmesini isteyebilir. Alacaklı bu yetkisini resmi makamlar aracılığıyla kullanmak zorundadır. Buna karşılık, rehinli alacaklının rehin konusu şeyi bizzat paraya çevirme yetkisi bulunmadığı gibi, alacak ödenmediği takdirde onun kendiliğinden şeyin mülkiyetini kazanacağı yönünde anlaşma yapması da mümkün değildir. Yapılırsa, böyle bir anlaşma M.K. 949 maddesinde yer alan lex commissoria yasağı gereğince batıldır.<sup>55</sup>

Rehin hakkının mutlak haklardan olması ve aynı hak niteliğini taşıması sebebiyle herkese karşı ileri sürülebilir, belirli bir süre kullanılmamakla zamanaşımına uğramaz. Taşınmaz rehniyle teminat altına alınmış alacak hakları için de rehin hakkı devam ettiği sürece zamanaşımını işlemez. Rehin hakkı, varlığı geçerli bir alacağın varlığına tabi bulunduğu için aynı zamanda fer'i bir haktır. Alacağın herhangi bir nedenle sona ermesi kendiliğinden rehin hakkının sona ermesine yol açar.<sup>56</sup>

## **II. Rehin Hakkının Medeni Kanundaki Türleri**

### **C. Taşınır Rehni**

Taşınır rehni Türk Medeni Kanunu'nun düzenlenirken tanımına yer verilmemiştir. Öğretideki yaygın görüş çerçevesinde taşınır rehni, “ muaccel alacağını tahsil edemeyen alacaklıya borçluya veya başkasına ait olan rehin konusu taşınır malı paraya çevirerek alacağını tahsil etme yetkisi veren sınırlı aynı bir haktır.” şeklinde tanımlanabilir.<sup>57</sup>

İcra ve İflas Kanununun 23. maddesine göre; teslimine bağlı rehinler, Türk medeni kanunu'nun 940. maddesinde yer alan rehinler, ticari işletme

<sup>55</sup> AYAN, Mehmet. Eşya Hukuku III Sınırlı Aynı Haklar. 3. Bası. Konya 2000.s. 127; AKİPEK, Jale G.; Türk Eşya Hukuku, Cilt: 3, Ankara 1974,s. 158; ERTAŞ, Şeref; Eşya Hukuku. 8. Bası. Seçkin yayınevi. Ankara 2008,s.536; GÜRİSOY, Kemal Tahir- EREN, Fikret- CANSEL , Erol ; Türk Eşya Hukuku. 2. bası. Ankara 1984,s.949; TEKİNAY, Selahattin Sulhi ; Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Haklar. İstanbul 1994,s.104;

<sup>56</sup> AYAN, s.129; AKİPEK, s.158; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 255; GÜRİSOY/EREN/CANSEL,s.: 951, HATEMİ,Hüseyin – SEROZAN, Rona- ARPACIŞ, Abdülkadir; Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.: 717

<sup>57</sup> KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 441; ÖGÜTÇÜ, Tahir – DOĞRUSÖZ, Edip ; Rehin Hukuku. Ankara 1982,s.:69; UYAR, Talih ; İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 2. Baskı, 1992, s.: 20; TUNA, Burcu Ece ; Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi. Güncel Hukuk Yayınları. İstanbul 2009,s.: 4



rehni, hapis hakkı ile alacak ve sair haklar üzerindeki rehinler taşınır rehnidir.

Kanun koyucu taşınırın el değiştirmesinde gerekli güven ortamının sağlanması bakımından bir taşınır mal üzerinde rehin tesis edilmesi işleminin, dışarıdan anlaşılacak şekilde olmasını amaçlamıştır. Bu nedenle de, Türk Medeni Kanunu 939. maddesinde taşınır rehininin kurulabilmesi için genel kural olarak zilyetliğin alacaklıya nakledilmesi öngörülerek, kamuya karşı açıklık sağlanmak istenilmiştir. Aleniyet ilkesi ile öncelikli olarak iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması amaçlanmakla birlikte, aynı zamanda bu ilke sayesinde borçlunun, alacaklının zararına olarak rehin konusu mal üzerinde fiili ve hukuki işlemde bulunması önlenmiş olmaktadır. Zilyetliğin yediemin sıfatıyla üçüncü bir kişiye nakli de mümkündür. Bu üçüncü kişi alacaklının temsilcisi olabileceği gibi, tarafların ortaklaşa olarak üzerinde anlaştığı bir kişi de olabilir.<sup>58</sup>

#### **D. Taşınmaz Rehni**

Taşınmaz rehni, belirli bir alacağı teminat altına almak amacıyla yine belirli bir taşınmaz üzerinde kurulan ve alacak zamanında elde edilemediği takdirde sahibine yetkili organlar aracılığıyla taşınmazı paraya çevirtip bedelinden alacağını tahsil etme yetkisi veren aynı haktır.<sup>59</sup> Taşınmaz rehininin arazi değerini tedavül ettirme görevini yüklediği hallerde, arazi değeri bağımsızlaştırılarak buna tedavül kabiliyeti sağlanmaktadır. Bunun için taşınmazın farazi değer parçalarına bölünebileceği ve taşınmaz rehininin, taşınmaz değerinin bir parçası ile sınırlandırılarak kurulabileceği kabul edilerek, bir alacağın taşınmazın bir değer parçası ile teminat altına alınması mümkün kılınmıştır. Medeni Kanun, bu kısmi değerleri temsilen kıymetli evrak düzenlenmesini öngörmüştür. Kıymetli evrakın düzenlenmesi ile, söz konusu olabilecek bir temel alacak yenileme ile sona ermiştir. Taşınmaz rehni bu temel alaktan tamamen bağımsızdır ve yalnız kıymetli evrakta doğmuş olan soyut alacağı teminat altına alır. Böylece kıymetli evrakta hem bir soyut alacak, hem de bunu teminat altına alan o değerdeki taşınmaz rehni hakkı mündemiçtir. Kıymetli evrak el değiştirdikçe, taşınmazın değer parçası da tedavül etmektedir.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> TUNA, Burcu Ece ; Menkul Rehininin Paraya Çevrilmesi. Güncel Hukuk Yayınları. İstanbul 2009,s.:6; UYAR, Talih ; İcra Hukukunda Rehin Paraya Çevrilmesi, 2. Baskı, 1992, s.: 20; DAVRAN, Bülent; Rehin Hukuku Dersleri. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. İstanbul 1972,s.: 82;

<sup>59</sup> AYAN, s.129;

<sup>60</sup> OĞUZMAN, Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku , Filiz Kitapevi, İstanbul 2002. s. 660; DURAL, Mustafa; Eşya Hukuku Dersleri. İstanbul 1981, s.:

## E. İpotek

İpotek, bir taşınmaz rehni türüdür. Medeni Kanunumuzun sisteminde taşınmaz rehinlerinde sınırlı sayı prensibi kabul edilmiştir. Zira Medeni Kanunumuzun “ taşınmaz rehninin türleri” kenar başlığını taşıyan 850. maddesine göre “ Taşınmaz rehni, ancak ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulabilir.” İpotek, amacı sadece bir alacağı teminat altına almak olan ve alacak ödenmediği takdirde sahibine taşınmazı sattırarak bedelinden alacağını elde etmek yetkisi veren taşınmaz rehnidir.<sup>61</sup>

İpotek hakkı, diğer taşınmaz rehinleri gibi, alacaklıya, ipotek konusu taşınmaz üzerinde bir sınırlı ayni hak sağlar. Bu sınırlı ayni hak, taşınmazın değerine ilişkin bir haktır ve ipotekli alacaklıya, ipotekli taşınmazı kullanma veya ondan yararlanma hakkı vermemektedir. İpotek hakkı esasen alacaklıya sadece, ipotekle teminat altına alınan borç vadesinde ifa edilmediği takdirde, ipotek konusu taşınmazın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla satılmasını talep etme ve böylece ele geçecek para ile tatmin edilebilme imkanı sağlamaktadır. M.K. 881 / I fıkrasına göre “ Halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir. Bu nedenle, doğmuş ya da doğması olası her türlü alacağın, hatta geciktirici ya da bozucu şarta bağlı, tutarı belirli ya da belirsiz her türlü alacağın ipotekle teminat altına alınabileceğinden şüphe etmemek gerekir.<sup>62</sup> Ayrıca ipotek hakkının tapu siciline tescili ile birlikte ipotekle teminat altına alınan alacak bakımından zamanaşımının işlemeyeceği M.K. 864. maddesinde belirtilmiştir. Dolayısıyla bir alacak hakkı, ipotekle teminat altına alındığı sürece zamanaşımına tabi olmayacaktır.

## F. İpotekli Borç Senedi

İpotekli borç senedi, hem taşınmaz değerinin, hem de kişisel sorumluluğun sürdüğü bir taşınmaz rehni türüdür. İpotekli borç senedinde taşınmazın değeri bağımsızlaştırılmış ve bir kıymetli evraka bağlanarak tedavülü sağlanmıştır. Bir taşınmaz üzerinde ipotekli borç senedi yoluyla taşınmaz rehni kurulabilmesi için her şeyden önce taşınmaza tapu idaresi tarafından resmi bir değer biçilmesi gerekir. M.K. 856. maddesine göre bir

---

134; AYBAY, Aydın – HATEMİ, Hüseyin ; Eşya Hukuku Dersleri. Filiz Kitapevi. İstanbul 1996,S.: 181 KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 257 / 258

<sup>61</sup> GÜRSOY/EREN/CANSEL,s.: 951; OĞUZMAN, Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku , Filiz Kitapevi, İstanbul 2002. s. 484; AYAN, s.129;

<sup>62</sup> AYAN, s.179,180; HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008, s.: 7; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 376,377; GÜRSOY/EREN/CANSEL,s.: 1034;

taşınmaz üzerinde, ipotekli borç senedi yoluyla taşınmaz rehni tesisi için taşınmazın maliki ile rehinli alacaklı arasında tapuda resmi şekilde düzenlenmiş bir rehin sözleşmesinin yapılması şarttır. Bu sözleşmeyle birlikte taşınma malikinin yazılı tescil talebi üzerine rehin hakkı taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasına tescil edilecektir. Tescil üzerine, ipotekten farklı olarak tapu sicil memuru res' en ipotekli borç senedi düzenleyecektir. Böylelikle ipotekli borç senedi ile bir soyut borç ikrarı meydana getirilmektedir. M.K. 914 / I uyarınca nama veya hamile yazılı olarak düzenlenebilecek olan bu senetler üzerinde tapu memuru ile yetkili Hazine temsilcisinin imzaları bulunacaktır. <sup>63</sup>

İpotekli borç senedinin yaratılması ile bir kıymetli evrak meydana getirilmekte ve bu kıymetli evrak hem bir alacağı hem de o alacağı teminat altına alan taşınmaz üzerindeki bir rehin hakkını kapsamaktadır. Medeni Kanunumuzun “ İpotekli borç senedi, taşınmaz rehniyle güvence altına alınmış kişisel bir alacak meydana getirir.” Şeklindeki 898. maddesinden anlaşılması gereken budur. Dolayısıyla alacaklı, borcun vadesinde ifa edilmemesi halinde ipotekli borç senedine konu edilen taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesini talep edebilecek, eğer ele geçen bedel alacağını karşılamaya yetmezse borçlu aleyhine dava veya takip oluna müracaat edebilecektir. <sup>64</sup> Kaldı ki, M.K. 901. maddesine göre, ipotekli borç senedinde, ipotekte olduğu gibi borçtan bizzat sorumlu olmayan bir üçüncü kişinin taşınmazı üzerinde de taşınmaz rehni kurulabilmektedir.

### **G. İrad Seneti**

Bir taşınmaz üzerinde irat senedi yoluyla taşınmaz rehni kurulabilmesi için, ipotekli borç senedinde olduğu gibi, taşınmaza tapu memuru tarafından resmi bir değer biçilmesi gerekir. Halbuki taşınmaz üzerinde ipotek tesisi için böyle bir resmi değer biçme şartı bulunmamaktadır. Medeni Kanunumuzun “ sorumluluğun sınırı” başlığını taşıyan 904. maddesine göre “ İrat senetlerindeki alacaklar miktarı, tarım arazisinde arazinin gelir değerinin, diğer taşınmazlarda taşınmazın gelir değerinin, diğer taşınmazın gelir değeri ile bina ve arsa değerleri ortalamasının beşte üçünü aşamaz. Değerlendirmeler tapu idaresince resmen yapılır.”

İrat senedinin amacı, sadece konusunu oluşturan taşınmazın değerini tedavül ettirmektir. İpotek ve ipotekli borç senedinden farklı olarak teminat

---

<sup>63</sup> AYAN, s.200; ÖZTAN, Bilge. Medeni Hukuk'un Temel Kavramları. Turhan Kitabevi. 15. Bası. Ankara 2004,s.: 811; HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008, s.: 22;

<sup>64</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008, s.: 25;

fonksiyonu yoktur. M.K. 903 / II maddesine göre, üzerinde irad senedi yoluyla taşınmaz rehni kurulabilecek taşınmazlar sınırlı olarak sayılmak suretiyle “ irat senedinin güvencesini ancak tarım arazisi, konutlar ve üzerinde bina yapılabilecek arsalar oluşturabilir.” hükmü benimsenmiştir.

Kanun koyucunun üzerinde irat senedi ile taşınmaz rehni kurulabilecek taşınmazları bu şekilde sınırlamasının sebebi, irat senedinde borçlunun sorumluluğunun taşınmazın değeri ile sınırlı oluş, bir diğer söyleyişle borçlunun kişisel sorumluluğunun olmayışdır. Medeni Kanunumuzun 903/ III maddesine göre “ irad senedi, kişisel borç doğurmaz” Yani üzerinde irat senedi yoluyla rehin kurulmuş taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle ele geçen bedel alacağı karşılamaya yetmeyecek olursa borçlu aleyhine dava veya takip yoluna müracaat edilmesi mümkün değildir. Bu açığı kapatmak amacıyla yasa koyucu irat senedi yoluyla taşınmaz rehni kurulabilecek taşınmazları ve irat senedi ile teminat altına alınacak alacakların miktarını sınırlamak yoluna gitmiştir.<sup>65</sup>

#### **H. Alacaklar ve Diğer Haklar Üzerinde Rehinler**

Medeni Kanunumuzun 954 vd. maddelerine göre, hak veya alacak üzerinde kurulan rehin hakkı, alacaklıya rehinli hak veya alacağı paraya çevirme ve elde edilen değerden alacağını öncelikle tahsil etme yetkisi veren bir haktır. Kanun koyucu bu hükümleriyle, taşınır malların yanı sıra maddi bir varlığa sahip olmayan hak ve alacakların da rehnedilmesine olanak getirmiştir. İşte hak ve alacaklar üzerindeki rehlin kuruluşunu, diğer taşınır rehni türlerinden ayıran en belirgin özellik rehin konusu şeyin maddi varlığa sahip olmayışdır. Rehin konusu alacağın bağımsız, temlik edilebilir ve parayla değerlendirilebilir olması gereklidir. Ayrıca alacağın muaccel olması şart olmayıp doğacak veya şarta bağlı alacaklar üzerinde de rehin hakkı kurulabilir. Bu durumda rehin hakkı alacağın doğmasıyla birlikte hüküm ve sonuç doğuracaktır.<sup>66</sup>

Alacaklar üzerinde kurulan rehin hakkının muteber olması için yazılı şekil zorunlu kılınmıştır. Medeni Kanunumuzun 955. maddesi ile Borçlar Kanunumuzun 12. maddesi birlikte değerlendirildiğinde yazılı rehin

---

<sup>65</sup> AYAN, s.202; HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008, s.: 26; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 424; OĞUZMAN, Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku , Filiz Kitapevi, İstanbul 2002. s. 770; GÜRİSOY/EREN/CANSEL,s.: 951;

<sup>66</sup> TUNA, Burcu Ece ; Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi. Güncel Hukuk Yayınları. İstanbul 2009, s.: 52,53;

sözleşmesini, rehin veren borç altına girdiğinden onun imzalaması yeterlidir. Senede bağlı alacaklar için ayrıca senedin teslimi de gerekmektedir.<sup>67</sup>

Kıymetli evraka bağlı alacağın rehni M.K. 956. maddeye göre rehnedilir. Buna göre hamiline yazılı senetlerin rehni için alacaklıya teslimi yeterli görülmüştür. Diğer kıymetli evrakin rehni için de M.K. 956 / II maddesine göre, senedin ciro edilmiş veya yazılı devir beyanı yapılmış olarak teslimi gerekir. Yine bir senetle temsil olunan emtianın da rehnedilmesi mümkündür. M.K. 957 maddesine göre, emtiayı temsil eden kıymetli evrakin rehnedilmesiyle emtia üzerinde de rehin hakkı doğmuş olur. Emtiayı temsil eden senetlerin başlıcaları, makbuz senedi, taşıma senedi, konşimento olup kıymetli evrak niteliğindeki bu senetlerin rehni Medeni kanunumuzun 956. madde hükmüne tabidir.<sup>68</sup>

### III. Rehinin Paraya Çevrilmesi Yoluna Başvurma Zorunluluğu

İcra İflas Yasası'nın 45/ I.c.' e göre " Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir" hükmün maddi hukuka ait bir hüküm olduğu öğretide hakim görüştür. Gerçekten de, usule ilişkin hükümler içeren İcra ve İflas Kanunu'nda yer almasına rağmen, takipte bulunma hakkına ve borçlunun sorumluluk şekline ilişkin bir kural olduğundan aslına maddi hukuku ilgilendiren bir hükümdür. Bu hüküm alacaklının yapacağı icra veya iflas takiplerine ilişkin bir kural olup, alacaklının borçluya karşı genel hükümlere dayanarak alacak davası açmasını engellemeyeceği gibi, alacaklının haciz veya iflasa tabi kişilerden olması halinde iflas yoluyla takip yapması mümkündür. Ancak kefilin kendi kefaleti için rehin kurmuş olması durumunda, İ.İ.K. 45'den kefil de yararlanacaktır. Çünkü artık kendisi de rehin vermiş borçlu durumundadır.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> ERTAŞ, Şeref; Eşya Hukuku. 8. Bası. Seçkin yayınevi. Ankara 2008, s.: 570; DOĞRUSÖZ Edip, KARAHACIOĞLU Ali Haydar, ALTIN Mehmet; Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996, s.: 33 ; ÇAKIRCA, Seda İrem; Adi Alacakların Rehni, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s.: 35

<sup>68</sup> TUNA, Burcu Ece ; Menkul Rehininin Paraya Çevrilmesi. Güncel Hukuk Yayınları. İstanbul 2009, s.: 54; DOĞRUSÖZ Edip, KARAHACIOĞLU Ali Haydar, ALTIN Mehmet; Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996,s.: 37; YETİK, Nurten ; Eşya Hukuku. Bilge yayınevi. Ankara 2007,s.: 1332 ERGÜNE, Mehmet Serkan; Hukukumuzda Taşınır Rehininin Özellikle Teslime bağlı Taşınır Rehininin Kuruluşu.Filiz Kitabevi. İstanbul 2002,s.: 41

<sup>69</sup> TUNA, Burcu Ece ; Menkul Rehininin Paraya Çevrilmesi. Güncel Hukuk Yayınları. İstanbul 2009, s.: 12; GÜRDOĞAN, Burhan; Türk İsviçre İcra ve İflas Hukuku'nda Rehinin Paraya Çevrilmesi. Ankara 1967,s.: 10; UYAR, Talih ; "Rehinli Alacaklının Rehin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip Yapma Zorunluluğu" , BBD. 1984,s.: 16; GÜRDOĞAN, Burhan; İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar. Türkiye Barolar Birliği Yayını. Ankara 1979, s.: 3; ÜSTÜNDAĞ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 8. Bası,

Önce rehne başvurma kuralı, borçlunun yanında borçlunun rehinli alacaklı dışındaki alacaklılarını da korumakta ve usul ekonomisine hizmet etmektedir. Öncelikle, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip, takibin kesinleştirilmesi aşamasından sonra hemen (araya haciz işlemi girmeden) paraya çevirme aşamasına geçilmesine imkan veren ve bu nedenle haciz yoluyla takibe göre daha çabuk sonuçlandırılabilen bir takip yolu olduğu için, önce rehne başvurma kuralı, gereksiz haciz yoluyla takipleri önleyerek usul ekonomisine hizmet etmektedir. Ayrıca rehinli alacaklının öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurusu sağlanarak, rehinli mal dışındaki haczi kabil malların diğer alacaklılar tarafından birinci sırada haczine imkan verilmektedir. Bu kural olmasa idi, rehinli alacaklı rehnin paraya çevrilmesi yolunu her zaman müracaat edebileceği bir imkan olarak bir yanda saklayarak, öncelikle ve diğer teminatsız alacaklılarla rekabet halinde haciz yoluyla takibe girişebilecek ve “ alacaklıların müşterek rehni makamında olan” (bkz. İİK m.311, bent 1) diğer malları haczettirebilecek idi. Rehlinli alacaklının bu şekilde, rehnin alacağı karşılayıp karşılamayacağı henüz belli olmadan haciz yoluyla takibe girişmesi, diğer alacaklıların ve cebri icra organlarının hacze iştirak (İİK m.100) ve sıra cetveli (İİK m. 140-142) uygulamaları ile lüzumsuz yere meşgul edilmesine yol açardı.<sup>70</sup>

#### **IV. Rehlin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takip Türleri**

##### **A. Taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile takip (m.145-147)**

###### **1. Taşınır rehninin ilamlı takip yolu ile paraya çevrilmesi**

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip İcra İflas Kanunu'nun 150 h maddesi gereği, alacağın veya rehin hakkının yahut her ikisinin bir ilamda ya da ilam niteliğini haiz bir belgede yer alması neticesinde yapılabilir. Bu takibe ilamların icrasına dair hükümler kıyasen uygulanacaktır. Alacak veya rehin hakkından hangisinin ilama bağlandığının rehnin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan ilamlı takip açısından bir farkı yoktur. Alacaklının ilamlı takipte bulunabilmesi için elinde bir mahkeme ilamı ya da kanunların ilam niteliğinde saydığı bir belgenin olması gereklidir. İcra müdürü alacaklının verdiği belgeyi ilam olup olmadığı yönündeki incelemeyi kendiliğinden yapmakla yükümlüdür. İlam

---

2004, s. : 6 ; karşı görüş için bkz. BUDAK, Ali Cem; İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip . XII Levha Yayınları. İstanbul 2010, s.: 16,17

<sup>70</sup> BUDAK, Ali Cem; İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip . XII Levha Yayınları. İstanbul 2010, s.: 16,17

niteliğinde olmayan belgeye dayanılarak açılan icra takibinde borçluya icra emri gönderilirse borçlu süresiz olarak şikayette bulunabilir.<sup>71</sup>

İcra İflas Kanunu'nun 38. maddesi hükmüne göre, mahkeme huzurunda yapılan sulh, kabul, kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içeren düzenleme şeklindeki noter senetleri, temyiz kefaletnameleri, icra dairesindeki kefaletnameler ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanununun 12. maddesinde yer alan belge, Avukatlık Kanununun 64., 86, 162 maddesine göre düzenlenen kararlar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan tüketici sorunları hakem heyeti kararları da ilam niteliğindedir.

İlamlı takibin dayanağı bir ilam olacağı için takibin tarafları olan alacaklı ve borçlunun ilamda da alacaklı ve borçlu olarak gösterilen kişiler olması gereklidir. Ayrıca takibe dayanak olan ilamda, borçlunun vekili olarak adı yazılı bir kimse varsa bu kişiye de icra emrinin tebliği gereklidir. Takibin tarafları alacaklı ve rehin veren borçlu olup, rehin maliki üçüncü kişiye, bu kişiye de ödeme emri gönderilir, ayrıca art rehin hakkı sahibi varsa bu kişiye de bir ihbarname ile takip açıldığı bildirilir.<sup>72</sup>

İcra İflas Kanununun 34. maddesine göre, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı icra takibinde de takibin ilama dayanması nedeniyle alacaklı dilediği icra dairesine başvurabilir. Eğer sadece rehin hakkı ilama bağlanmışsa bu takipte yetki kurallarının bağlayıcı olduğu ve alacaklının sadece yetkili icra dairesine başvurabileceği savunulmuştur.<sup>73</sup> Bu görüşe göre, yetkili icra dairesi İcra ve iflas Kanununun 50. maddesine göre belirlenmelidir.

Takip talebinde, takibe dayanak olan ilamın tarihi, numarası ve özeti yer aldığı gibi, bu ilam, İcra ve İflas Kanununun 145. maddesine uygun olarak takip talebiyle birlikte icra dairesine verilecektir. Şöyle ki, takip talebinde alacaklı ile borçlunun adı, soyadı, adresleri, alacağın Türk Parası ile tutarı, eğer faiz isteniyorsa faizin miktarı ve işlemeye başladığı gün, alacak ve rehin hakkı bir belgeye dayanıyorsa bu belgenin ne olduğu belirtilerek, aslı veya onaylanmış örneği, üzerinde rehin kurulanın ne olduğu,

<sup>71</sup> TUNA, Burcu Ece ; Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi. Güncel Hukuk Yayınları. İstanbul 2009, s.: 83; KURU, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2004, s.: 774; PEKCANITEZ, Hakan - ATALAY, Oğuz - ÖZEKES, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları , Ankara, 7. Bası, 2009,s.: 325-326

<sup>72</sup> TUNA, Burcu Ece ; Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi. Güncel Hukuk Yayınları. İstanbul 2009, s.: 83; KURU, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2004, s.: 774

<sup>73</sup> GÜRDOĞAN, Burhan; Türk İsviçre İcra ve İflas Hukuku'nda Rehnin Paraya Çevrilmesi. Ankara 1967,s.: 10

alacaklıdan sonra gelen rehin hakkı sahibi varsa bu hakka sahip olan kişinin adı, soyadı, adresi ve son olarak rehin konusu malın mülkiyeti üçüncü kişiye geçmişse bu kişinin adı, soyadı, adresi belirtilmelidir.

Alacağın ilama bağlanmış olması nedeniyle alacaklıdan nispi harç alınmaksızın sadece başvuru harcı alınacaktır. Alacak veya rehin hakkından hangisi ilama bağlanmış olursa olsun buna göre açılacak takipte, ilamdaki hak diğer hakla ilişkilendirilmiş olduğundan takip nezdinde alacak ve rehin hakkı bir bütünlük arz etmektedir. İşte bu nedenle ister her iki hak birden ister yalnızca bir tanesi ilama bağlanmış olsun, bütün takipler aynı güçte ve etkide kabul edilmektedir. Öğretide ve uygulamada hakim görüş budur.<sup>74</sup>

İcra emri alacaklının takip talebine ve takip dayanağı ilam belgesine uygun olarak düzenlenmelidir. Aykırı şekilde düzenlenmesi halinde süresiz şikayet yoluyla icra emrinin iptali talep edilebilir. Borçluya (ve varsa rehin maliki üçüncü kişiye) gönderilen icra emrinde, yedi gün içinde borç ödenmediği veya aynı süre içinde icranın geri bırakılmasına dair bir karar getirilmediği takdirde, alacaklının rehnin satışını isteyebileceği ihtar edilir.

İcra müdürü, İcra ve İflas Kanunu'nun 146. maddesine göre, borçluya ve varsa rehin maliki üçüncü kişiye icra emri gönderirken, art rehin hakkı sahibine takibe girişildiğini bildiren bir ihbarname gönderir. Şayet alacaklı ihbarnamenin tebliğ masrafını vermemiş ya da art rehin hakkı sahibi ile ilgili bilgileri takip talebinde belirtmemiş olduğu için ihbarname gönderilemezse, art rehin hakkı sahibinin kendisine bildirim yapılmadığından dolayı uğradığı zararını ödemek zorunda kalır.<sup>75</sup>

Kendisine veya vekiline icra emri tebliğ edilen borçlunun yedi gün içerisinde borcun tamamını fer'ileriyle birlikte icra müdürlüğüne demesi durumunda, icra müdürlüğü de kendisine yatırılan parayı alacaklının talebi üzerine alacaklıya öder ve takip son bulur. Borçlu takibe karşı koymaz ve ödemede bulunmazsa, alacaklı icra müdürlüğünden kesinleşen takibe konu rehnin satılarak paraya çevrilmesini talep eder.

Borçlunun ilamlı icra takibine karşı koymak için başvuracağı yol; İcra İflas Kanunu'nun 36. maddesi gereğince Yargıtay'dan, aynı yasanın 33 ve 33a maddesine göre yargılamanın yenilemesine bakan mahkemeden ya da icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasını talep etmektir. Yargıtay'dan

---

<sup>74</sup> Karşı görüş için bkz. GÜRDOĞAN, Burhan; Türk İsviçre İcra ve İflas Hukuku'nda Rehnin Paraya Çevrilmesi. Ankara 1967,s.: 48-50

<sup>75</sup> TUNA,Burcu Ece ;Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi. Güncel Hukuk Yayınları.İstanbul 2009, s. 90; GÜRDOĞAN, Burhan; Türk İsviçre İcra ve İflas Hukuku'nda Rehnin Paraya Çevrilmesi. Ankara 1967,s.: 41



ya da yargılamanın yenilenmesi davasını gören mahkemeden alınacak icranın geri bırakılması kararı, yargılamanın sonuna kadar icra takibini durdurmuş olacaktır. İcra mahkemesinden icranın geri bırakılması talebi ise ya takibin tamamen iptaline ya da durdurulmasına ilişkin olacaktır. Para alacaklarına ilişkin ilamların icrasındaki gibi itfa (borcun sona ermesi), zamanaşımı (ilamın zamanaşımına uğramış olması) ve ihmal (borçluya ödemesi için süre verilmesi) sebeplerine dayanılarak icra mahkemesinden icranın geri bırakılması talep edilebilir. Buna göre ya itfa ve zamanaşımı sebebiyle takibin iptaline karar verilecektir ya da borcun imhali nedeni ileri sürülmüşse borçluya ödemesi için süre verilerek icra geri bırakılacaktır.<sup>76</sup>

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takibin diğer ilamlı takiplerden ayrıldığı en önemli husus zamanaşımıdır. Zira alacağın taşınır rehniyle temin edilmiş olması, konuyu zamanaşımı açısından özelleştirmektedir. İcra ve İflas Kanununun 39/1 maddesi ile Borçlar Kanununun 135 / II maddesi gereğince; ilama müstenid takip, son muamele üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak taşınır mallar üzerindeki aynı haklar zamanaşımına uğramadığından bu nedenle taşınır mülkiyetine ve taşınır üzerindeki diğer aynı haklara ilişkin ilamlar da zamanaşımına uğramaz.<sup>77</sup>

## **2. Taşınır rehlinin ilamsız takip yolu ile paraya çevrilmesi**

Alacağını taşınır rehni ile teminat altına almış olan alacaklı, borçludan olan alacağını tahsil etmek istediğinde taşınır rehlinin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takibe başvuracaktır. Alacaklının bu yola başvurabilmesi için alacağının taşınır rehniyle temin edilmiş olmasının yanı sıra borçludan olan alacağının da muaccel olması gerekir. Ancak alacak muaccel olduğunda da alacaklının icra takibi talebinde bulunma zorunluluğu yoktur.<sup>78</sup>

Takibin tarafları alacaklı ile rehin veren borçludur. Takip talebinde borçlu kısmına sadece borçlunun (varsa müşterek ve müteselsil borçlu ile kefillerin) adı, soyadı ve adresi yazılır. Rehin maliki üçüncü kişiye bu kişinin ve varsa rehin üzerinde art rehin hakkı sahibi olan kişilerinde adı yazılır. Ancak asıl borçlu hakkında takip yapılmadan bu kişilere karşı takip yapılamaz. Rehlin alacağın tamamını karşılayamaması durumunda rehin açığı belgesine dayanarak genel haciz yolu ile takip yapmak isteyen alacaklı

---

<sup>76</sup>TUNA, Burcu Ece ; Menkul Rehlinin Paraya Çevrilmesi. Güncel Hukuk Yayınları. İstanbul 2009, s. 91; KURU, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2004, s.: 781-794

<sup>77</sup> KURU, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2004, s.779, SARI, Suat ; Alacaklıya Rehni paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi. Legal Hukuk Dergisi. Şubat 2007, s.: 105

<sup>78</sup> ERTURGUT, Mine ; Menkullerin Paraya Çevrilmesi. Ankara 2000, s.: 56-58

bu takibi ancak borçluya karşı yapabilir, rehin malikine yönelmez. Çünkü rehin malikinin sorumluluğu rehin konusu taşınır mal ile sınırlıdır.

Alacaklıdan sonra gelen rehin hakkı sahibi varsa bu hakka sahip olan kişinin adı, soyadı ve adresine de takip talebinde yer verilir, ancak bu kişinin de hukuki statüsü hem borçludan hem rehin maliki üçüncü kişiden farklıdır. Bu kişiye ödeme emri gönderilmez, İcra iflas Kanununun 146. madde uyarınca takip yapıldığına ilişkin bir ihbarname gönderilir.

Rehlin paraya çevrilmesinde takip talebinin içeriği İcra İflas Kanununun 145. maddesinde belirtilmiştir. Takip talebi aynı yasanın 58. ve 145. maddelerdeki unsurları bir arada içermelidir. Alacaklı ve borçlunun kimlik ve adresleri, alacağın Türk parası ile tutarı, eğer faiz isteniyorsa faizin miktarı ve işlemeye başladığı gün, alacak veya rehin bir belgeye dayanıyorsa bu belgenin ne olduğunun belirtilerek, aslı veya onaylanmış örneğinin borçlu sayısından bir fazla olarak takip talebin ekinde icra dairesine bildirilmesi gerekmektedir.

Alacaklının takip talebini icra müdürüne verdiğinde başvuru harcını ödemesi gerekmektedir. Ayrıca takibin konusu alacaktan dolayı, takip, değeri belli olan icra takibi grubuna girdiği için nisbi harca tabidir. Alacaklının takip talebini alan, harçları tahsil eden icra memuru, alacaklının dayandığı rehin hakkının gerçekten var olup olmadığını inceleyemez. Ancak alacaklının takip talebinden ya da beyanından rehin hakkının mevcut olmadığı açık ve kesin olarak anlayılıyorsa, bu durumda icra memuru rehlin paraya çevrilmesi yoluna ilişkin takip talebini reddedebilir. Alacaklı bu red kararına karşı koymak istiyorsa, şikayet yoluna başvurabilir. İcra müdürlüğü reddetmeyip de borçluya ödeme emri gönderirse, bu halde de borçlu işlemi şikayet edebilir.<sup>79</sup>

İcra ve İflas Kanununun 146. maddesine göre alacaklının takip talebinde bulunmasından sonra icra müdürü tarafından yapılacak işlem borçluya ve varsa rehin maliki üçüncü kişiye ödeme emri gönderilmesidir. Ayrıca alacaklıdan sonra gelen rehin hakkı sahibi varsa ona da takip talebinde bulunulduğunu bir ihbarname ile bildirecektir.

Borçluya tebliğ olunacak ödeme emrinde takip talebinde yer alan hususlarla birlikte, borcun fer'ileriyle birlikte onbeş gün içinde ödenmesi, yedi gün içinde itiraz edilmez ya da onbeş gün içinde borç ödenmezse alacaklının rehlin satışını talep edebileceği ihtar olunur. İcra ve İflas Kanununun 147 / I hükmünde, “Rehin hakkına açıkça itiraz edilmemişse,

---

<sup>79</sup> ÜSTÜNDAĞ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 8. Bası, 2004, s.: 313; ÜLKÜ, Nazlı ; İcra Hukukunda Ödeme Emri. Arıkan Yayınevi, İstanbul 2008,s.: 127

alacaklının rehin hakkı takip safhası içinde artık tartışma konusu olamaz” kuralına yer verilmekle, borçlu hiçbir sebep göstermeksizin itiraz etmişse bunun borca itiraz olduğu kabul edilecek ve rehin hakkı kesinleşmiş olacaktır. Borçlunun sırf rehin hakkına itiraz etmesi halinde, alacaklının alacak hakkını, yani borcunu kabul ettiğinin göstergesidir ve bu durumda alacak hakkı bakımından takip kesinleşmiştir. İcra ve İflas Kanununun 147 / II maddesi alacaklıya böyle bir yasal kolaylık tanımıştır. Takibin dayandığı senedin altındaki imza borçluya ait değilse, borçluya yedi gün içinde imzaya açıkça itiraz etmesi, aksi takdirde imzanın borçludan sadır sayılacağı da takip talebinde ihtar edilir.

Ödeme emrinin borçluya ve varsa rehin maliki üçüncü kişiye tebliğ edilmesinden sonra bu kişiler borcu ödeyebilecekleri gibi, yedi gün içinde takibe itirazda bulunabilirler ya da ödemede ve itirazda bulunmamak suretiyle takibin kesinleşmesine sebebiyet verirler.

İcra ve İflas Kanununun 147 / I maddede rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte ödeme emrine itiraz halinde İcra ve İflas Kanununun 62 ila 72. maddelerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte rehninli takipte bazı özellikler mevcuttur ki, yasanın 147 / II’de bunlar ayrıca düzenlenmiştir. Hükme göre, rehin hakkına açıkça itiraz edilmemişse rehin hakkı artık takip safhası içinde tartışma konusu olamaz ve sırf rehin hakkına itiraz olduğu takdirde, alacaklı, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipten vazgeçerek takibin haciz yoluyla devamını isteyebilir.

Borçlu ile varsa rehin maliki üçüncü kişinin itirazı üç şekilde olabilir: Sadece borca ( alacak hakkına ) itiraz, sadece rehin hakkına itiraz ya da her ikisine birden itiraz. Bu itirazlardan hangisi kim tarafından ( borçlu ya da rehin maliki üçüncü kişi ) yapılırsa yapılsın bir önemi yoktur, süresinde yapılan her itiraz sonucunda takip duracaktır.

Borçlu ve rehin maliki üçüncü kişinin yapmış oldukları itirazların hükümden düşürülmesi tıpkı genel haciz yoluyla takipteki gibi ya icra mahkemesinden itirazın geçici veya kesin olarak kaldırılması ya da genel mahkemeden itirazın talepli dava ile olur. Ancak itirazın geçici olarak kaldırılması halinde, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibin niteliği gereği haciz talep edilemediğinden alacaklının, borçlunun mallarının geçici haczini isteyememesi, genel haciz yoluyla yapılan icra takibine göre farklılık arz etmektedir. Zira, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte alacaklının alacağı rehninli mal ile güvence altındadır.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> TUNA, Burcu Ece ; Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi. Güncel Hukuk Yayınları. İstanbul 2009, s.: 81; ÜSTÜNDAĞ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 8. Bası, 2004,s.: 316; DOĞRUSÖZ Edip, KARAHACIOĞLU Ali Haydar, ALTIN Mehmet; TÜRK Hukukunda Rehin, Ankara 1996, s.: 208;

### 3. Taşınır rehninin paraya çevrilmesinin ortak hükümleri

Alacaklı ilamsız takipte rehinli malın satışını, itiraz edilmişse itirazın hükümden düşürülmesinden, itiraz edilmemişse borçlunun ödeme süresi geçtikten sonra isteyebilir. Bu belirtilen süre alacaklının en erken satış talep edebileceği süredir. İlamlı icrada ise takiple ilgili olarak icranın geri bırakılması kararı verilmişse bu kararın hükümsüz kalmasından, böyle bir karar yoksa ödeme süresinin geçmesinden sonra istenebilir.

İcra ve İflas Yasasının 150 e maddesinin birinci fıkrasına göre, alacaklı, borçluya ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içinde rehinli taşınırın satışını talep etmelidir. Bu süre ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren başlar, ancak alacaklı bu tarihten itibaren satış talep edemez. İlamsız takipte ödeme süresi onbeş gün olduğu için borçlu yedi gün içinde itiraz etmemişse, alacaklı satış talep etmek için sekiz gün daha beklemelidir. İlamlı takipte ise icranın geri bırakılması kararı getirmek veya ödeme yapmak için yedi gün olarak süreler eşit belirlenmiştir. Bu nedenle ilamsız takipteki gibi sekiz günlük bir bekleme olmaz.<sup>81</sup>

Alacaklının satış talebiyle birlikte, satış avansını da yatırması gerekmektedir. Öğretide alacaklının satış avansını yatırdığı gibi, rehinli taşınır malı da icra dairesine teslim etmesi gerektiği de savunulmaktadır.<sup>82</sup> Borçlu da İcra ve İflas Kanunu 150g hükmünün 113. maddeye yaptığı atıf gereği, alacaklı satış talep etmese bile borçlu satış talep edebilecektir. Ayrıca kıymeti hızla düşen ya da muhafazası mabraflı olan malların satılmasına icra müdürü talep olmaksızın da karar verebilecektir.<sup>83</sup>

İcra memuru, alacaklının satış işlemlerine res'en devam eder. Artık bu aşamada alacaklının herhangi bir talepte bulunmasına gerek yoktur. İcra memuru alacaklının satış talebiyle bağlı olup, alacaklı satış talebini geri almadığı sürece, icra memuru rehnin paraya çevrilmesi için satış işlemini yapmaya, yani satış için gerekli hazırlıkları yaparak satış gününde koşulların gerçekleşmesi halinde satışı yapmaya mecburdur. Rehlinli malın kıymetini takdir eden icra memuru, kıymet takdirine karşı alacaklı ya da borçlu (varsa rehin maliki üçüncü kişi) tarafından itiraz edilmemesi üzerine satış hazırlıklarını haciz yoluyla yapılan icra takiplerinde olduğu gibi yapar.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> TUNA, Burcu Ece ; Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi. Güncel Hukuk Yayınları. İstanbul 2009, s.: 96; GÜRDOĞAN, Burhan; Türk İsviçre İcra ve İflas Hukuku'nda Rehnin Paraya Çevrilmesi. Ankara 1967,s.: 51

<sup>82</sup> ÜSTÜNDAĞ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 8. Bası, 2004,s.: 327;

<sup>83</sup> PEKCANITEZ, Hakan - ATALAY, Oğuz - ÖZEKES, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları , Ankara, 7. Bası, 2007s.: 247

<sup>84</sup> PEKCANITEZ, Hakan - ATALAY, Oğuz - ÖZEKES, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları , Ankara, 7. Bası, 2007s.: 249-250; KURU, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2004,s.526-528

Rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin satışı düzenleyen İcra ve İflas Kanununun 150g maddesinde, satılması istenen rehin hakkında 92 / III ve 93,96,97,97a, 98 ve 99. maddeler ile 112 – 137. maddeye kadar olan hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 151. maddesine göre, “ Rehin bedelinden masrafların çıkarılmasında ve artanın alacaklılar arasında paylaştırılmasında 138. madde hükmü tatbik olunur. Satış tutarı alacaklıların alacağını ödemeye yetmezse icra müdürü 206. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre alacaklıların her birine ait sıra ve payları tayin eder. 141,142 ve 144 maddelerinin hükümleri burada da caridir.” Buna göre; ilk önce paraya çevirme ve paylaşırma masrafları elde edilen satış parasından ayrılır. Daha sonra kalan para, alacaklılara alacakları oranında dağıtılır. Birden fazla alacaklı varsa sıra cetveli düzenlenir.

Rehinli alacaklılar İcra ve iflas kanunu'nun 206. maddesine göre ilk önce tatmin edilecek alacaklı grubudur. Rehinli alacaklılara ödenecek para, satış parasından malın aynından kaynaklanan kamu alacakları ayrıldıktan ve rehnedilen eşyanın muhafaza ve paraya çevirme masrafları düşüldükten sonra kalan paradır. Türk Medeni Kanunu'nun 948. maddesi uyarınca bu paranın rehinli alacaklılar arasında nasıl dağıtılacağı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre rehin hakkının sırası, kuruluş tarihine göre belirlenir. Bu şekilde yapılan paylaştırmadan sonra alacağının tamamı ödenmemiş olan alacaklılar varsa bu kişilere rehin açığı belgesi verilir.<sup>85</sup>

## **B. Taşınmaz rehininin (ipoteğin) paraya çevrilmesi yolu ile takip (m.148-150d).**

### **1. Taşınmaz rehininin ilamlı takip yolu ile paraya çevrilmesi**

İcra ve İflas Kanunu'nda ipoteğin paraya çevrilmesi hakkında , ilamlı ve ilamsız takip olarak iki ayrı takip şekli öngörölmüş olmasına rağmen, takip talebinin içeriği ve nasıl yapılacağı her iki takip şekli için de ortak hükümlerle düzenlenmiştir. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, elinde ilam olan alacaklının, ilamlı takip yolunu seçmesi mümkündür. Ancak, alacaklının elinde bir ilam veya ilam niteliğinde belge olmasa bile, ipotek sözleşmesinin kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içerdiği hallerde, alacaklı, ilamlı icra yolunu seçebilir. Hatta, İcra ve İflas Kanunu'nun kredi kurumlarının ( bankaların) ipotekli alacakları hakkındaki 150/ 1 maddesi, alacaklıya belli şartlarla, kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermeyen belgelere dayanarak da borçluya icra emri gönderilmesini talep etmek

<sup>85</sup> UYAR, Talih ; “Adi ve Rehinli Alacaklıların Sırası” , İBD, Cilt: 49, 1975, Sayı: 1-2, s.: 25

imkanını vermektedir ki, icra hukukunda ipoteğin paraya çevrilmesi bağlamında” ilamlı takip “ denildiği zaman ilk akla gelen bu son takip türleridir.<sup>86</sup>

Medeni Kanunumuzun 881/1 maddesine göre ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin tarafları, alacaklı ile ipotekli taşınmazın sahibi olan borçludur. Fakat, ipoteğin bir üçüncü kişi tarafından gösterilmesi, yani borçlu dışındaki bir kişinin taşınmazı üzerinde ipotek kurulması mümkündür . Yani borçlu ve ipotekli taşınmaz sahibi üçüncü kişi birbirinden farklı olabilir. Bu halde, ipotekli taşınmazın maliki üçüncü kişi de takipte taraf olacak ve ona da icra emri gönderilecektir. Takibin alacaklı ve borçlu tarafları kural olarak tapuda resmi şekilde yapılan ipotek sözleşmesinden anlaşılır. Alacaklı, ipotek sözleşmesinin bir örneğini takip talebine eklemek zorundadır.<sup>87</sup>

İcra müdürü, takip talebinde ilamlı takip yolunun seçildiği belirtilmiş ise ve “ ibraz edilen akit tablosunun kayıtsız şartsız para borcu ikrarını ihtiva ettiğini ve alacağın muaccel olduğunu anlarsa” borçluya ( ve taşınmaz maliki üçüncü kişiyse ona) icra emri gönderir. İcra iflas Kanunu’nun 149. maddesine göre, icra müdürü gerek akit tablosunun kayıtsız şartsız para borcu ikrarını ihtiva edip etmediğini gerekse borcun muaccel olup olmadığını res’en inceler. Alacak muaccel değilse, icra müdürü takip talebini reddeder. İcra müdürü, muaccel olmayan bir borç için icra emri gönderir veya borç muaccel olmasına rağmen takip talebini reddederse, ret işlemine karşı alacaklı, hatalı olarak gönderilen icra emrine karşı ise borçlu ve taşınmaz maliki, şikayet yoluna başvurabilirler.<sup>88</sup>

Kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içeren bir ipotek sözleşmesine dayalı takipte düzenlenen icra emrinin sonuçları, ilam veya ilam niteliğindeki belgelere dayalı takipteki icra emrine benzemekle birlikte, bazı farklılıklar göstermektedir. Öncelikle, borçluya ödeme veya icranın geri bırakılmasını sağlamak için verilen süre yedi gün olmayıp otuz gündür. Ayrıca, yalnızca ilamların icrası için uygulanabilen, icranın geri bırakılması kararının Yargıtay’dan veya yargılamanın yenilenmesi için başvuru mahkemeden alınabilmesi halleri burada söz konusu olmaz. Yine, taşınmaz rehni ile

---

<sup>86</sup> BUDAK, Ali Cem; İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip . XII Levha Yayınları. İstanbul 2010, s.: 149

<sup>87</sup> BUDAK, Ali Cem; İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip . XII Levha Yayınları. İstanbul 2010, s.: 97 YÜCEL, Müjgan; Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, 1.Baskı , İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010,s.: 169

<sup>88</sup> GÜRDOĞAN, Burhan; Türk İsviçre İcra ve İflas Hukuku’nda Rehnin Paraya Çevrilmesi. Ankara 1967. s.: 66; KURU, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2004.s.:862; ÜSTÜNDAĞ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 8. Bası, 2004,s.: 321;

güvence altına alınan alacakların Medeni Kanununun 864. maddesine göre zamanaşımına uğramaması sebebiyle, ilama bağlanan borcun zamanaşımına uğraması hakkındaki İcra ve İflas Kanununun 33/a hükmü de, kayıtsız şartsız borç ikrarı içeren ipotek sözleşmelerine dayalı ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte uygulanmaz. Buna göre, kendisine icra emri gönderilen borçlunun (ve ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişinin) icranın geri bırakılmasını sağlayabilmesi için, icra mahkemesine borcun sona erdirildiğini veya vadesinin ertelendiğini gösteren resmi veya imzası alacaklı tarafından ikrar olunmuş bir belge ibraz etmesi gerekir.

Borcun sona ermesi veya vadesinin ertelenmesi icra emrinin tebliğinden önce olmuş ise, icranın geri bırakılması icra emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesinden talep edilmelidir. İcra emrinin tebliğinden sonraki döneme ilişkin borcun sona ermesi veya vadesinin ertelenmesine dayanan icranın geri bırakılması talepleri ise her zaman (icra veznesine giren paralar alacaklıya ödeninceye kadar) yapılabilir.<sup>89</sup>

Borçlu veya taşınmaz maliki üçüncü kişi, borcun icra emrinin tebliğinden önce sona erdiği veya vadesinin ertelendiği iddiasında bulunmayıp da, borcun hiç doğmadığını ya da daha sonra sona erdiğini ileri sürerse başvurulacak yol menfi tespit veya istirdat davasıdır. Taşınmaz üzerindeki ipoteğin hükümsüz olduğunun tespiti veya iradeyi sakatlayan nedenlerden birinin varlığı dolayısıyla iptali talepleri de, menfi tespit veya istirdat davasına konu olabilir.<sup>90</sup>

İcra ve İflas Kanunu'nun 150/c hükmüne göre, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip talebini alan icra dairesi, takibin başladığının tapu kütüğüne şerh edilmesi için tapu idaresine bildirimde bulunur ve taşınmazı bu şerhin yapılmasından sonra iktisap eden üçüncü kişilere yeniden icra emri veya ödeme emri gönderilmez. Bu hükme göre, icra dairesi tarafından yapılan bildirim alan tapu müdürlüğü, hakkında takip yapılan taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasının şerhler hanesine ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip hakkında şerh koyar. Bu şerh, M.K. 1010 maddesi kapsamında tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhidir.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup>UYAR, Talih ; İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2. Bası, Cilt:8, Ankara 2004, s: 12206-12208; BUDAK, Ali Cem; İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip . XII Levha Yayınları. İstanbul 2010, s.: 154-156

<sup>90</sup> POSTACIOĞLU, İlhan; İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5.Bası İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.: 260; TÜRK, Ahmet; Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle- Menfi Tespit Davası, Ankara 2006 ,s.: 178

<sup>91</sup> KURU, Baki - ARSLAN, Ramazan - YILMAZ, Ejder; En Son Değişikliklere Göre Notlu-Gerekçeli İcra ve İflas Kanunu, 24. Bası. Yetkin Yayınları. Ankara 2007.m.150c.

İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin kredi kuruluşlarının (bankaların) alacağını temin için kurulan bir ipotek sözleşmesine dayalı olarak yapılması hali de İcra ve İflas Kanunu'nun 150 / 1 maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre takip yapabilmek için, bankanın kredi ile ilgili hesap özeti, gayrinakdi kredi uyarınca (üçüncü kişiye yapılan ödeme dolayısıyla) tazmin talebini veya borcun ödenmesine ilişkin bir ihtarı banka müşterisine noter aracılığıyla tebliğ etmesi gerekir. Banka müşterisi kredi sözleşmesinin yapıldığı veya ipoteğin tesis edildiği tarihten sonra adresini değiştirmiş ve yeni adresini noter aracılığıyla bankaya bildirmemiş ise, söz konusu tebliğatin kredi sözleşmesinde yazılı ya da ipotek akit tablosunda belirtilen adrese yapılması da geçerli sayılmaktadır. Noter aracılığıyla yapılmayan, örneğin taahhütlü mektupla gönderilen veya borçluya elden imza karşılığı teslim edilen hesap özeti, tazmin talebi veya ihtar, İ.İ.K. 150 / 1 hükmüne göre takip yapmaya hak vermez. Kaldı ki, ipoteğin üçüncü kişiye ait bir taşınmaz üzerinde bulunduğu hallerde, bankanın hesap özeti, tazmin talebi veya ödeme ihtarını sadece kredi borçlusuna göndermesi yeterli olup, bu belgelerin üçüncü kişiye de göndermesi gerekmez.<sup>92</sup>

Kendisine hesap özeti, tazmin talebi veya ödeme emri ihtarı tebliğ edilen banka müşterisi, bu belgenin tebliğ edildiği tarihten itibaren sekiz gün içinde, bankaya noter aracılığıyla bir itiraz belgesi gönderip, ileri sürülen alacağa veya miktarına itiraz edebilir. Banka müşterisinin itiraz etmiş olması, ona (ve borçludan farklı bir kişi ise, ipotekli taşınmazın maliki üçüncü kişiye) sadece icra mahkemesine şikayette bulunmak imkanı vermekte; fakat bu şikayetin haklılığını tespit eden icra mahkemesi icra emrini iptal etmemektedir. Bunun yerine, icra mahkemesi, tek taraflı olarak düzenlediği hesap özeti, tazmin talebi veya ödeme ihtarı itiraza uğradığı halde bu belgeyi ilamlı icraya mesnet yapan bankaya, alacağını “ 68/b maddesi çerçevesinde diğer belgelerle” varit göstermek imkanını vermek için incelemeye devam etmelidir. İtirazın kaldırılmasına benzer bir usul uygulayan icra mahkemesinin duruşmalı olarak karar vermesi gerekmektedir.<sup>93</sup> İcra ve İflas

<sup>92</sup> PEKCANITEZ, Hakan ; “ İpoteğin Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar “ Bankacılar Dergisi. S.: 33. 2000,s.:40-58; KURU, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2004,s.: 867 TERCAN, Erdal; “Takip Hukuku Açısından Cari Hesap ve Kısa, Orta, Uzun Vadeli Kredi Sözleşmeleri”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, sayı: 85, s.:43,44.

<sup>93</sup> REİSOĞLU, Seza; Bankalar Açısından İcra ve İflas Kanunundaki Yeni Düzenlemeler, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1989,s.: 16-17; OSKAY, Mustafa- KOÇAK, Coşkun- DEYNEKLİ, Adnan- DOĞAN, Ayhan; İ.İ.K. Şerhi, 3. Cilt, Ankara 2007,s.:3731; ARSLAN, Ramazan; “ İcra ve İflas Kanunu'nun 68 / b ve 150 / 1 Maddelerinin Banka Alacaklarının Tahsiline getirdiği Kolaylıklar”. Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu. İstanbul; Marmara Üniversitesi- İstanbul Sanayi Odası ortak yayını. 1993,s.:76-85



Kanunu'nun 150 / 1 hükmünün 4949 sayılı kanun ile eklenen 4. cümlesine göre, " İcra mahkemesinde yapılan inceleme sırasında, borçlu, borcun sona erdiğine veya ertelendiğine ilişkin resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge sunmadıkça takibin durdurulmasına karar verilemez."

Borçlunun şikayeti hakkında verilen icra mahkemesi kararı temyiz edilebilir. İcra mahkemesi, hesap özeti, tazmin talebi veya ödeme ihtarına süresi içinde itiraz edilmediğini tespit ettiği için şikayetin reddine karar vermiş ise, bu kararın temyizi, borçlu veya taşınmaz maliki üçüncü kişi takip konusu alacağın yüzde onbeşi kadar teminat yatırılmadıkça satışı durdurmaz.<sup>94</sup> Buna karşılık, borçlu, hesap özeti, tazmin talebi veya ödeme ihtarına süresi içinde itiraz ettiğini icra mahkemesine belgelemiş; fakat, şikayet bankanın alacağının " 68b maddesindeki diğer belgelerle" varit gösterilmiş olması sebebiyle reddedilmiş ise, icra mahkemesinin verdiği karar icranın geri bırakılması talebinin reddi kararı hakkındaki İcra ve İflas Kanunu'nun 149/a, fıkra 2 hükmüne tabi tutulamayacağı ve bu nedenle temyiz, teminat yatırılmasa bile satışı durduracağı öğretide savunulmaktadır.<sup>95</sup>

## **2. Taşınmaz rehninin ilamsız takip yolu ile paraya çevrilmesi**

İcra ve İflas Kanunu'nun 149 ve 150 /1 numaralı maddelerindeki haller dışında (yani takibin bir ilama, ilam niteliğindeki belgeye, kayıtsız şartsız borç ikrarı içeren ipotek sözleşmesine veya 150 / 1 hükmündeki şartlara göre takibe konulan banka kredi alacağına dayanmadığı hallerde) ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takip, sadece ilamsız takip yoluyla yapılabilir. Bundan başka, rehinle alacaklı, elinde ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapmaya imkan veren belge bulunmasına rağmen, kendisi için daha külfetli olan ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip yolunu seçebilir.<sup>96</sup>

İpotegin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipteki ödeme emrinde ödeme süresine itiraz ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün, ödeme süresi ise otuz gündür. İ.İ.K. m.150.'ye göre ödeme emrine, haciz yoluyla ilamsız takipte düzenlenen ödeme emrinde yer alan hususlara ek olarak, ipotek hakkına itiraz edilemeyeceği de yazılır. Ödeme emrine borçlu itiraz edebileceği gibi, ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişi de itiraz edebilir. İcra

<sup>94</sup> REİSOĞLU,Seza; Bankalar Açısından İcra ve İflas Kanunundaki Yeni Düzenlemeler, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1989,s.: 21-22; TERCAN, Erdal; "İpotegin Paraya Çevrilmesinde Kredi Kurumlarının Özel Durumu", BATİDER, Cilt: 17, sayı: 4 ( 1994) ,s: 105

<sup>95</sup> BUDAK, Ali Cem; İpotegin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip . XII Levha Yayınları. İstanbul 2010, s.: 176

<sup>96</sup> BUDAK, Ali Cem; İpotegin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip . XII Levha Yayınları. İstanbul 2010, s.: 179

müdürü, borçluya ödeme emri yerine icra emri gönderirse, borçlu bu icra emrine karşı şikayet yoluna başvurabilir.<sup>97</sup>

İtirazın hükümden düşürülmesi ve takibin icra mahkemesi tarafından talik ve iptali kural olarak haciz yoluyla ilamsız takipteki gibidir (İİK m. 150 / a, cüm.1; m.68-71). Buna göre, itirazı hükümden düşürmek için İİK m. 67 hükmüne göre genel mahkemeye veya İİK 68 vd. maddelerine göre icra mahkemesine başvuru mümkündür. Ancak ödeme emrine hem borçlunun hem de ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişinin itiraz etmesi halinde, alacaklı itiraz edenler arasında zorunlu takip arkadaşlığı olmasından dolayı birinin itirazının kaldırılması için icra mahkemesine diğerinin itirazının kaldırılması için ise genel mahkemeye gidemez.<sup>98</sup>

İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipte ödeme emrine itirazın icra mahkemesi kararı ile kaldırılması hakkındaki İİK 150a, bent 1 hükmü, en çok “ borçlu cari hesap” şeklindeki banka kredi alacaklarının tahsili hakkındaki takiplerde görülür. Kaldı ki, bu hüküm alacaklı ile borçlu arasında Ticaret Kanunu’nun 87. maddesinde tanımlandığı hali ile bir cari hesap sözleşmesi ve hatta başka bir sözleşme bulunan bütün ipotekli alacakların tahsilinde de uygulanabilir.<sup>99</sup>

İcra ve İflas kanunu m. 150/a, bent 1 hükmünün bankalar dışındaki alacaklıların yaptıkları ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipler bakımından uygulaması, haciz yoluyla takipteki itirazın kaldırılması usulüne göre bir farklılık göstermez. Bankaların yaptıkları ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takipler bakımından ise, İİK m.68/b hükmünün de uygulanması gerekir. Madde hükmüne göre :

“Borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredilerde krediyi kullandıran taraf, krediyi kullanan tarafın kredi sözleşmesinde belirttiği adresine, borçlu cari hesap sözleşmesinde belirtilen dönemleri veya kısa, orta, uzun vadeli kredi sözleşmelerinde yazılı faiz tahakkuk dönemlerini takip eden onbeş gün içinde bir hesap özeti noter aracılığı ile göndermek zorundadır. Sözleşmede gösterilen adresin değiştirilmesi, yurt içinde bir adresin noter aracılığıyla krediyi kullandıran tarafa bildirilmesi halinde sonuç doğurur; yeni adresin bu şekilde

<sup>97</sup> GÜRDOĞAN, Burhan; İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar. Türkiye Barolar Birliği Yayını. Ankara 1979, s.: 15

<sup>98</sup> KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, 3. Bası, Cilt III, Ankara, Seçkin, 1993, s.:2411 ve 2442 ; AYDOĞDU, Murat ; “ İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İlamsız Takip “. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan. İzmir 1997, s.:339

<sup>99</sup> UYAR, Talih ; İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 2. Baskı, 1992, s.: 338;

bildirilmemesi halinde hesap özeti eski adrese ulaştığı tarih tebliğ tarihi sayılır.

Süresi içinde gönderilen hesap özeti muhtevasına, alındığından itibaren bir ay içinde itiraz etmeyen krediyi kullanan taraf, hesap özeti gerçeğe aykırılığını ancak borcunu ödedikten sonra dava edebilir. Kredi sözleşmeleri ve bunlarla ilgili süresinde itiraz edilmemiş hesap özeti ile ihtarnameler ve krediyi kullandıran tarafından usulüne uygun düzenlenmiş diğer belge ve makbuzlar bu Kanunun 68 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılırlar. Krediyi kullanan taraf, itiraz etmediği hesap özeti dayandığı belgelerde kendisine izafe edilen imzayı kabul etmiş sayılır. Bu hüküm bu Kanunun 150/a maddesinin söz konusu olduğu hallerde de aynen uygulanır.

Krediyi kullanan tarafın kredi hesabının kesilmesine veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarname içeriğine itiraz etmiş olması, kredi hesabının kesilmesi ve borcun ödenmesine ilişkin ihtarnameden önce tebliğ edilen ve itiraz edilmeyerek kesinleşmiş bulunan faiz tahakkuk dönemlerine ilişkin hesap özeti muhtevasına itiraz edilmemiş olmasının sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Bu durumda, önceki dönemlere ilişkin kesinleşmiş hesap özeti hakkında ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 150/1 hükmü, “ nakdi ve gayrinakdi” bütün banka kredileri ve bu kredilere ilişkin sözleşmelerin “ cari hesabın kesilmesi”, “ muaccel kılınma” ve “ tazmin talebi” ihbarları ile sona erdirilmesi hakkındadır. İİK m. 68/b hükmü ise sadece (borçlu cari hesap veya karz şeklindeki) nakdi krediler hakkındadır. Bu kanun hükmüne göre borçluya gönderilen ihbar (hesap özeti) kredi sözleşmesini sona erdirmemekte; devam etmekte olan sözleşme süresi içinde belirli bir borçlu cari hesap veya faiz tahakkuk dönemine ilişkin borcun belirlenmesi amacını taşımaktadır. Ayrıca “ maddede sadece, sözleşmedeki faiz tahakkuk dönemleri nazara alındığından, belirli dönemlerde anapara taksitlerinin ödenmesinin ve örneğin faizlerin son taksit olarak ödenmesinin kararlaştırılması halinde m. 68/b uygulanmayacaktır”<sup>100</sup>

Borçlu cari hesap sözleşmeleri bakımından, cari hesap sözleşmesinde belirtilen dönemleri takiben gönderilen ve itiraz edilmediği için kesinleşen hesap özeti, takibi başlatmak için yeterli olmayacaktır. Çünkü, takip

---

<sup>100</sup> ARSLAN, Ramazan; “ İcra ve İflas Kanunu'nun 68 / b ve 150 /1 Maddelerinin Banka Alacaklarının Tahsiline getirdiği Kolaylıklar”. Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu. İstanbul; Marmara Üniversitesi-İstanbul Sanayi Odası Ortak Yayını. 1993, s.: 195

talebinde bulunabilmek için ipotekli borcun muaccel olması gerekir. Bu nedenle, banka, borçlu cari hesap sözleşmesine göre gönderilen hesap özetine dayanarak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilmek için, borçluya ikinci bir ihbarname göndererek borçlu cari hesabı kesmeli ve borcun muaccel hale geldiğini gösteren bu belgeyi de takip talebine eklemelidir.<sup>101</sup>

İtirazın kaldırılması talebinin icra mahkemesi tarafından kabulü veya reddine ilişkin kararı temyiz edilebilir. Ancak, temyizcinin ipotekli malların satışını durdurabilmesi için, icra mahkemesi kararını temyiz eden borçlu veya taşınmaz malikinin takip konusu alacağın yüzde onbeşi tutarında teminat yatırması gerekir. Teminat talebinin reddi halinde bu teminat alacaklıya tazminat olarak ödenir.<sup>102</sup> İcra ve İflas Kanunu'nun, 150/a hükmü atfıyla ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipte de uygulanan 67. maddesinin 1. fıkrasına göre .” Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir.”

Genel haciz yoluyla ilamsız takipte itirazın hükümden düşürülmesi (icra mahkemesindeki itirazın kesin veya geçici kaldırılması ya da genel mahkemedeki itirazın iptali) usulünde haksız çıkan tarafın diğer tarafa icra inkar tazminatı ödemesini öngören kanun hükümleri, İİK M. 150 /a; m.67,fıkra 2-3;m.68, son fıkra; m.68/a, son fıkra, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipte de uygulanır. Ayrıca İİK m. 150/a, bu takip türünde uygulanacak hükümler arasında İİK. M. 72 hükmünü de saymaktadır. Bu hüküm gereğince borçlu, ipotekli alacaklı aleyhine menfi tespit veya istirdat davası açabilecektir. Menfi tespit davasının konusu, borca ilişkin olabileceği gibi, rehin hakkına da ilişkin olabilir. Esasen ipotek hakkının alacağa bağlı fer'i bir hak olması dolayısıyla, alacağın sona erdiği hakkındaki iddialar, ipotek hakkının sona erdiği iddiasını da içermektedir.<sup>103</sup> İpotekli taşınmazın üçüncü kişiye ait olması durumunda menfi tespit ve istirdat davalarını üçüncü kişi de açabilir. Çünkü ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişi, takibin

---

<sup>101</sup> OSKAY, Mustafa- KOÇAK, Coşkun- DEYNEKLİ, Adnan- DOĞAN, Ayhan; İ.İ.K. Şerhi, 2. Cilt, Ankara 2007,s.: 1544; TERCAN, Erdal; “Takip Hukuku Açısından Cari Hesap ve Kısa, Orta, Uzun Vadeli Kredi Sözleşmeleri”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, sayı: 85,s.:47

<sup>102</sup> GÜRDOĞAN, Burhan; Türk İsviçre İcra ve İflas Hukuku'nda Rehnin Paraya Çevrilmesi. Ankara 1967, s.: 67

<sup>103</sup> TÜRK, Ahmet; Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle- Menfi Tespit Davası, Ankara 2006, s.: 181

tarafını teşkil etmek bakımından ve borçluyla aynı haklara sahip olduğu gibi, menfi tespit ve istirdat davalarını açmakta hukuki yarara da sahiptir.<sup>104</sup>

## V. Sonuç

Sabit dereceler sistemi borcunu ödeyen malikin lehinedir. Borcunu ödeyen ve böylece taşınmaz üzerindeki ipoteğin sona ermesini sağlayan malik, boşalan derecede, derecenin tutarı ile sınırlı olarak, yeni bir ipotek tesis ederek yeni kredi ilişkilerine girebilecektir.<sup>105</sup> Menfaatler dengesi göz önüne alındığında borçlu malikin menfaatinin üstün tutulması daha adildir. Zira borcu ödeyip fedakarlıkta bulunan maliktir. Ödemeye hiç katkıda bulunmayan sonraki rehinli alacaklıların otomatik olarak ilerlemeleri kendilerine haksız bir menfaat sağlayacaktır. Gayrimenkul maliki yeni krediye ihtiyaç duyarsa, bu defa ortadan kalkan rehinle teminat altına alınan alacak için kullandığı şartlardan daha ağır şartlarla kredi bulma durumuna düşecektir. Böylece önce gelen derecedeki rehinli alacak ödenince, sonra gelen rehinli alacağın, kredi verilirken kararlaştırılan şartlarda hiçbir değişiklik olmadan, ilerleyerek teminatını daha da sağlamlaştırması, gayrimenkul maliki aleyhine menfaat dengesini bozar.

Diğer taraftan sabit dereceler sisteminin gayrimenkulün değerinin tedavülünü kolaylaştırdığı göz önünde tutulmuştur. Gayrimenkulün bölündüğü farazi değer parçalarının kendilerini temsil edecek birer senede bağlanması yolu ile bu değerleri tedavül ettirme imkanı doğar. Otomatik ilerleme sisteminde buna imkan vermemektedir. Rehin hukukunda modern eğilim de gayrimenkulün değerine tedavül imkanı sağlayarak, malikin kredisinin artırılması yönündedir.<sup>106</sup>

Görüldüğü gibi, ilerleme sistemi rehinli alacaklının yararına olduğu halde, sabit derece sistemi malikin yararınadır. Zira ilerleme sisteminde, bir sonraki sıralı derecede yer alan rehin alacaklısının hakkı kendiliğinden ilerleme sayesinde güçlenecek, buna karşılık söz konusu rehin için ilkine nazaran daha ağır şartlarla kredi almış olan malikin durumu zayıflayacaktır.<sup>107</sup> Sabit dereceler sisteminde ise, sonraki sıralı derecede boşalmış olsa bile kendi sırasını muhafaza edecektir. Malik, boşalan derece üzerinde daha

<sup>104</sup> KURU, Baki; İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003, s.: 213; ÜSTÜNDAĞ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 8. Bası, 2004, s.: 324

<sup>105</sup> HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008. s.: 360

<sup>106</sup> OĞUZMAN, Kemal; Seliçi, Özer; Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. : 746

<sup>107</sup> AYAN, Mehmet. Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar. 3. Bası. Konya 2000, s.:143-144 ; KÖPRÜLÜ, Bülent – KANETİ, Selim; Sınırlı Ayni haklar.2. Bası. İstanbul 1982, s.: 352; GÜRSOY, Kemal Tahir- EREN, Fikret- CANSEL, Erol ; Türk Eşya Hukuku. 2. Bası. Ankara 1984, s.: 990;

elverişli şartlarla alacağı kredi için yeni bir taşınmaz rehni kurabilecektir.<sup>108</sup> Özellikle finans kapital çevrelerin nakit bunalımına girmekte olduğu günümüz ekonomisinde, çalışmamızın konusu olan sabit dereceler sisteminin önemi ortaya çıkmaktadır.

İcra ve İflas Kanunu'nun rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin sistemi, esas itibariyle, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takibe göre düzenlenmiştir. İcra ve İflas Kanunumuza göre, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip ilamlı ve ilamsız takip olarak iki şekilde yapılır. Çalışmamızda , "Rehlin Paraya Çevrilmesi " kurumunu, taşınır ve taşınmaz rehlinin, ayrı ayrı ilamlı ve ilamsız işleyişini, takip sürecini ve kredi kurumlarına ilişkin özel düzenlemeleri ana hatlarıyla incelemeye çalıştık. Alacağı taşınır rehniyle teminat altına alınmış olan alacaklı, alacağı ödenmediğinde üzerinde rehin hakkı tesis edilen menkulden alacağını elde eder. Lex Commisoria Yasağı (merhuna temellük yasağı) gereği, Türk Medeni Kanunumuzun 949. maddesi düzenlemesinde, alacaklı borç ödenmediğinde rehin konusu mala sahip olamaz, tarafların bu konudaki anlaşmaları da batıldır. Hukukumuzda, taşınır ve taşınmaz rehlinin paraya çevrilmesi şekli icra takibine dayanmaktadır. Öncelikle taşınır ve taşınmaz rehni kavramları üzerinde durulmuş, rehlin ilişkisine hakim olan ilkelere değinilmiş, daha sonra da her iki rehin türünün ilamlı ve ilamsız takip yolları incelenmiştir. Esasen rehlin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan ilamlı ve ilamsız takipler, genel haciz yoluyla yapılan takiplerle büyük ölçüde örtüşmektedir. Sadece, takip talebine ve ödeme ya da icra emrine bazı ilave ek ve kayıtlar konulması gerekmektedir. Alacaklının, alacak hakkı ve taşınmaz rehin hakkı bir ilam veya ilam niteliğinde bir belge ile tespit edilmişse, alacaklı taşınmaz rehlinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Burada ilamların icrasına dair hükümler kıyasen uygulanacaktır (m.150/h). İpotek akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içermesi halinde, özel bir ilamlı icra yolu öngörülmüştür (m.149,149/a). Buradaki takip talebi de, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipte olduğu gibidir. Ancak takip talebine ipotek akit tablosunun tapu dairesince verilen resmi örneği eklenir. Takip talebini alan icra müdürü, ipotek alacaklısının takip talebi ile birlikte kendisine vermiş olduğu ipotek akit tablosun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva ettiğini ve alacağın muaccel olduğunu anlarsa, borçluya bir icra emri gönderir. Bu icra emriyle ödeme süresinin 30 gün olduğu, süresinde borç ödenmez veya icranın geri bırakılması hakkında bir karar getirilmezse alacaklının, rehnedilmiş malın satışını isteyebileceği ihtar edilir.

---

<sup>108</sup> EREL, Şafak N.; Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974,s.: 28; KÖPRÜLÜ, Bülent – KANETİ, Selim; Sınırlı Ayni haklar.2. Bası. İstanbul 1982, s.: 354

Borçlu borcun ödendiği veya ertelendiğini iddia ediyorsa, icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasını isteyebilir (m.149a/I) icranın geri bırakılmasında İİK m.33/I,II ve IV uygulanır. Buna göre borçlu itiraz sebeplerini, borcun ödenmiş olduğunu, ertelendiğini yahut zamanaşımına uğradığını, yalnız m.33/I ve II deki belgelerden biriyle ispatlayabilecektir.

İcra mahkemesinin icranın geri bırakılması talebinin reddine ilişkin kararını temyiz eden borçlu, takip konusu alacağın yüzde onbeşi oranında teminat yatırmazsa satış dahil hiçbir icra işlemi durmaz. Temyiz talebinin reddi halinde bu teminat, ayrıca bir mahkeme hükmüne gerek kalmaksızın alacaklıya tazminat olarak ödenir. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip bakımından geçerli olan düzenlemeler; alacağı temin eden ipoteğin bir kesin borç ipoteği olduğu ve bu nedenle ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız borç ikrarını içerdiği hallerde uygulanan İİK m.149 ile, ipoteğin ya da alacağın bir ilam ya da ilam niteliğindeki belgeye dayanması halinde başvurulacak olan İİK'nın 150/h maddesidir. Bu maddeler çerçevesinde takip şartları oluşmamışsa, ilamsız takip yapmak gerekir.

Çalışmamızda taşınmaz rehninin yaygın türünün ipotek olduğu, mevcut bir alacak için kurulan ipoteğin de anapara ipoteği olduğu sonucuna varılmıştır. Anapara ipotekleri doğrudan doğruya borçlunun kayıtsız şartsız borç ikrarını yansıtır. Borçlunun borcu kayıtsız şartsız kabul beyanı tapu dairesince düzenlenen resmi senede şerh edilir. Alacağın henüz doğmadığı, ileride doğacağı ya da doğması muhtemel olan hallerde ise ipotek bir üst sınır ipoteğidir ve ipotek akit tablosu denilen resmi senede kayıtsız şartsız borç kabulünün geçirilmesi mümkün olmayacaktır. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılacak olan bu takip, ilamsız takibe konu oluşturacaktır.

Kredi kurumlarıyla ilgili getirilen özel düzenleme ile; Borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen nakdi veya gayrinakdi bir krediyi kullandıran tarafın ibraz ettiği ipotek akit tablosu kayıtsız ve şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva etmese dahi, krediyi kullandıran taraf, krediyi kullanan tarafa ait cari hesabın kesilmesine veya kısa, orta, uzun vadeli kredi hesabının muaccel kılınmasına ilişkin hesap özetinin veya gayrinakdi kredinin ödenmiş olması nedeniyle tazmin talebinin veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarın noter aracılığıyla krediyi kullanan tarafa kredi sözleşmesinde yazılı ya da ipotek akit tablosunda belirtilen adrese gönderilmek suretiyle tebliğ edildiğini veya 68/b maddesi gereğince tebliğ edilmiş sayıldığını gösteren noterden tasdikli bir sureti icra müdürüne ibraz ederse, icra müdürü borçluya icra emri gönderir. Borçlu, hesap özetine ve borcun ödenmesine ilişkin ihtar veya gayrinakdi kredi nedeniyle tazmin talebine süresi içinde (8 gün) ve usulüne uygun olarak itiraz etmiş olduğunu

ispat etmek suretiyle icra mahkemesine şikayette bulunabilir. Bu durumda icra mahkemesi, alacaklının alacağını m.68/b çerçevesinde ispatlaması halinde borçlunun şikayetini reddeder. Borçlunun şikayeti hakkında verilen icra mahkemesi kararı temyiz edilebilir. İcra mahkemesi hesap özeti, tazmin talebi veya ödeme ihtarına süresi içinde itiraz edilmediğini tespit ettiği için şikayetin reddine karar vermişse, bu kararın temyizi, borçlu takip konusu alacağın yüzde on beşi oranında teminat yatırmadıkça satışı durdurmaz. Buna karşılık, borçlu bankaca tarafına gönderilmiş olan bu ihtarname ve hesap özetlerine süresi içinde itiraz ettiğini icra mahkemesine belgelemiş; fakat, şikayet bankanın alacağının m.68/b maddesindeki diğer belgelerle varit gösterilmiş olması sebebiyle reddedilmiş ise, temyiz teminat yatırılmasa bile satışı durdurur.



## KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale G.; Türk Eşya Hukuku, Cilt: 3, Ankara 1974
- AKSOY, Sanem; Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve İstisnaları. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004
- ALTAY, Sümer - ESKİOCAK, Ali; Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni , İpotek, İpotekli borç Senedi, İrat Senedi, İstanbul, 2007.
- ALTOP, Atilla; 4489 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından kapsamı ve Anapara İpoteği – Limit ( Üst Sınır) İpoteği Ayırımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları. Aysel Çelikel'e Armağan. İstanbul 2001
- ARSLAN, Ramazan; “ İcra ve İflas Kanunu'nun 68 / b ve 150 /ı Maddelerinin Banka Alacaklarının Tahsine getirdiği Kolaylıklar”. Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu. İstanbul; Marmara Üniversitesi- İstanbul Sanayi Odası Ortak Yayını. 1993
- ARSLAN, Ramazan; “ İcra ve İflas Kanunu'nun 68 / b ve 150 /ı maddelerinde Düzenlenen Kuralların Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar”. Bankacılar Dergisi. S.: 27. 1988
- ATASAGUN, Yusuf Saim; İzahlı Notlu Mukayeseli Bankalar Kanunu, İstanbul 1958
- AYAN, Mehmet. Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar. 3. Bası. Konya 2000
- AYBAY, Aydın – HATEMİ, Hüseyin ; Eşya Hukuku Dersleri. Filiz Kitapevi. İstanbul 1996
- AYDOĞDU, Murat ; “ İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İlamsız Takip “. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan. İzmir 1997
- BARLAS, Nami; Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlarla İlişkin Düzenlemeleri , ünal Tekinalp'e Armağan , Cilt: II, İstanbul 2003
- BURCUOĞLU, Haluk ; Hukukçu Gözüyle Banka Uygulamasında İpotekle İlgili Önemli Sorunlar. Pamukbank Eğitim Yayınları. İstanbul 1991
- BUDAK, Ali Cem; İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip . XII Levha Yayınları. İstanbul 2010.
- CANSEL, Erol ; Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği. İmran Öktem'e Armağan. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. Ankara 1967
- CANSEL, Erol ; Türk Menkul Rehni Hukuku. Cilt : 1, Teslim Şartlı Mehkul Rehni Hukuku. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. Ankara 1967

- ÇAKIRCA, Seda İrem; Adi Alacakların Rehni, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006
- ÇETİN, Soner; İpotekli Borç Senedi ve İrad Senedi. Bilge Yayınevi. Ankara 2004
- DAVRAN, Bülent; Rehin Hukuku Dersleri. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları. İstanbul 1972
- DOĞRUSÖZ Edip, KARAHACIOĞLU Ali Haydar, ALTIN Mehmet; TÜRK Hukukunda Rehin, Ankara 1996
- DURAL, Mustafa; Eşya Hukuku Dersleri. İstanbul 1981
- EKEN, Senem; Yabancı Para İpoteği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi; İstanbul 2006
- EREL, Şafak N.; Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974
- EREN Faruk, ALTINOK Akın, TANDOĞAN Haluk; Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1989
- ERGÜNE, Mehmet Serkan; Hukukumuzda Taşınır Rehninin Özellikle Teslime bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu. Filiz Kitabevi. İstanbul 2002
- ERTAŞ, Şeref; Eşya Hukuku. 8. Bası. Seçkin yayınevi. Ankara 2008
- ERTURGUT, Mine ; Menkullerin Paraya Çevrilmesi. Ankara 2000
- ERYILMAZ, Ahmet; “ Öncelikle Rehnin Paraya Çevrilmesi Emredici midir?” İBD. 1984 cilt : 58. S.: 10-11-12
- GÜRAL, Muzaffer ; “ Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Satış “. İBD. 1963 / 1-4
- GÜRDOĞAN, Burhan; “ Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip- Kiralar Hakkında Özel Hükümler ve Kiralanan Gayrimenkullerin Tahliyesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nün Düzenlediği İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. Ankara 1963
- GÜRDOĞAN, Burhan; İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar. Türkiye Barolar Birliği Yayını. Ankara 1979
- GÜRDOĞAN, Burhan; Türk İsviçre İcra ve İflas Hukuku’nda Rehnin Paraya Çevrilmesi. Ankara 1967
- GÜRSOY, Kemal Tahir- EREN, Fikret- CANSAL , Erol ; Türk Eşya Hukuku. 2. bası. Ankara 1984
- HATEMİ, Hüseyin – SEROZAN, Rona- ARPACIŞ, Abdülkadir; Eşya hukuku, İstanbul 1991
- HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. XII Levha Yayınları. İstanbul 2008.

- İMAMOĞLU, Hülya; Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1994
- İMRE, Zahit; Aynı Hak Mefhumu Üzerine Düşünceler. A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955
- İMRE, Zahit; Menkul Rehni ve Mülkiyeti. İstanbul 1951
- KARAHASAN, Mustafa Reşit; Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku. Cilt: 2, Beta, İstanbul 2002
- KILIÇ, Halil ; Gayrimenkul Davaları. Cilt : 3, Ankara 2006
- KILIÇOĞLU, Ahmet; Medeni Kanunumuzun Aile - Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003
- KÖPRÜLÜ, Bülent – KANETİ, Selim; Sınırlı Aynı haklar.2. Bası. İstanbul 1982
- KUNTALP, Erden; Anapara Ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayırımı, Ankara, 1989
- KUNTALP, Erden; İpotek Dereceleri - Boş Dereceden İstifade ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar . Konferanslar Serisi No: 13, Türkiye Bankalar Birliği Yayını. Ankara 1979
- KUNTALP, Erden; Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni, Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995 , Ankara, 1995
- KURU, Baki - ARSLAN,Ramazan - YILMAZ, Ejder;En Son Değişikliklere Göre Notlu- Gerekeçeli İcra ve İflas Kanunu, 24. Bası. Yetkin Yayınları. Ankara, 2007
- KURU, Baki - ARSLAN, Ramazan - YILMAZ, Ejder; İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı. Yetkin Yayınları. Ankara, 2004
- KURU,Baki, İcra ve İflas Hukuku,3.Bası, Cilt III,Ankara,Seçkin 1993
- KURU, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2004.
- KURU, Baki; İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003.
- MUŞUL, Timuçin; İcra ve İflas Hukuku, Legal Kitabevi, İstanbul, 1. Baskı, 2005
- OĞUZMAN, Kemal; Seliçi, Özer; Eşya Hukuku , Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.
- OĞUZMAN, Kemal; Seliçi, Özer; Oktay Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku , Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.
- OSKAY, Mustafa- KOÇAK, Coşkun- DEYNEKLİ, Adnan- DOĞAN, Ayhan; İ.İ.K. Şerhi, 3 Cilt, Ankara 2007
- ÖĞÜTÇÜ, Tahir – DOĞRUSÖZ, Edip ; Rehin Hukuku. Ankara 1982
- ÖKTEMER, Semih ; İcra ve İflas Kanunu'nun 68 /b ve 150/1 Maddelerine İlişkin Uygulama". Yargıtay dergisi. Cilt: 23. S.: 1 – 2, Ankara 1997

- ÖNEN, Ergun- KİRAZ, T. Özgür- KAYAN, Erkan ; İcra İflas Kanununun ve İlgili Mevzuat. Adalet. Ankara 2006
- ÖZTAN, Bilge. Medeni Hukuk'un Temel Kavramları. Turhan Kitabevi. 15. Bası. Ankara 2004
- PEKCANITEZ, Hakan ; “ İpoteğin Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar “ Bankacılar Dergisi. S.: 33. 2000
- PEKCANITEZ, Hakan - ATALAY, Oğuz - ÖZEKES, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınlar,Ankara,7.Bası,Ankara2009.
- POSTACIOĞLU, İlhan; İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5.Bası İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010
- REİSOĞLU, Safa; Yeni Medeni Kanun Hükümlerine Göre Yabancı Para İpoteği, Bankacılar Dergisi,S: 45, Yıl: 2002
- REİSOĞLU,Seza; İpoteğin Kapsamı, Hükümleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara,1979.
- REİSOĞLU,Seza; Bankalar Açısından İcra ve İflas Kanunundaki Yeni Düzenlemeler, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1989.
- REİSOĞLU, Seza ; Yabancı Para İpoteği. Bankacılar Dergisi. S.: 44. 2003
- SELİÇİ, Özer; Gayrimenkul Rehninde Boş Dereceye İlerleme Hakkı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt: XL, Sayı: 1-4, İstanbul 1974
- SARI, Suat ; Alacaklıya Rehni Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi. Legal Hukuk Dergisi. Şubat 2007
- SİRMEN, Lale ; Alacak Rehni. Ankara 1990
- SUNGURBEY, İsmet ; Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi. İstanbul 1963
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi ; Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar. İstanbul 1994
- TERCAN, Erdal; “Takip Hukuku Açısından Cari Hesap ve Kısa, Orta, Uzun Vadeli Kredi Sözleşmeleri”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, sayı: 85
- TERCAN, Erdal; “İpoteğin Paraya Çevrilmesinde Kredi Kurumlarının Özel Durumu”, BATİDER, Cilt: 17, sayı: 4 ( 1994)
- TUNA, Burcu Ece ; Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi. Güncel Hukuk Yayınları. İstanbul 2009
- TÜRK, Ahmet; Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle- Menfi Tespit Davası, Ankara 2006
- UYAR, Talih ; “Adi ve Rehinli Alacaklıların Sırası” , İBD, Cilt: 49, 1975, Sayı: 1-2.
- UYAR, Talih ; İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 2. Baskı, 1992

- UYAR, Talih ; İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2. Bası, Cilt:8, Ankara 2004
- UYAR, Talih ; “Rehinli Alacaklıının Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip Yapma Zorunluluğu” , BBD. 1984
- UYAR, Talih ; Türk Medeni Kanunu. C: IV. Eşya Hukuku. Ankara 2003
- ÜLKÜ, Nazlı ; İcra Hukukunda Ödeme Emri. Arıkan Yayınevi, İstanbul 2008
- ÜNAL, Mehmet- BAŞPINAR Veysel ; Şekli Eşya Hukuku. 3. Bası. Yetkin Yayınları. Ankara 2007
- ÜSTÜNDAĞ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 8. Bası, 2004.
- YETİK, Nurten; Eşya Hukuku. Bilge Yayınevi. Ankara 2007
- YILDIRIM, Kamil; İcra Hukuku Ders Notları, Alkim Yayınevi, İstanbul, 2002.
- YÜCEL, Müjgan; Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, 1.Baskı , İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010..



## RÜŞVET SUÇUNDA YAPISAL DEĞİŞİM

*Yrd. Doç. Dr. Koray DOĞAN\**

### GİRİŞ

Yolsuzlukla mücadele araçlarından birisi olan rüşvet suçu, tarihsel süreç içerisinde<sup>1</sup> suç ve ceza politikasının yoğun etkisiyle hem ulusal hem de uluslararası hukukta sürekli bir değişim içerisinde olmuştur. Mevcut politika, kamu hizmetinin satın alınmazlığı prensibinden hareketle, kamu hizmetini sunma görev ve yetkisine sahip kişilerin, görev karşılığında temin ettikleri haksız menfaati cezalandırma esasına dayanır. Karşılıklı olarak hem rüşvet veren hem de rüşvet alanı cezalandıran bu politika özellikle cezalandırmanın miktarı ve sınırları anlamında değişim göstermektedir.

Ceza hukuku dogmatikliği bakımından ise özellikle rüşvet suçunun çok failli tek bir suç tipi mi olduğu, yoksa herkes tarafından işlenebilen *rüşvet verme* ve kamu görevlisine özgü *rüşvet alma* şeklinde iki ayrı suç tipinden mi oluştuğu; *basit rüşvetin* rüşvet suçunun mu yoksa görevi kötüye kullanma suçunun mu kapsamında yer alması gerektiği üzerinde uzlaşılan konular olmamıştır. Bu hususlar 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda eskisinden daha farklı olarak düzenlenmiş ancak bununla yetinilmemiş *02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun*<sup>2</sup> ile köklü şekilde değiştirilerek sistematik olarak yeniden eski kanuna kısmen yaklaştırılmıştır. Bu değişiklik gereğince basit rüşvet yeniden rüşvet suçu kapsamına dahil edilmiş, rüşvete aracılık ve rüşvet teklifinin kabul edilmemesi halleri kanunda açıkça düzenlenmiş, uluslararası rüşvetin uygulama alanı daha belirgin hale

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Yolsuzluk ve özellikle rüşvetin tarihçesi ve nedenleri hakkında bkz. **Toroslu Nevzat**, "Rüşvetin Nedenleri Üzerine Düşünceler", Denetim, S.75, Y.1992, s.17vd.; **Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011, s.863vd.; **TEPAV** Bir Olgu Olarak Yolsuzluk: Nedenler, Etkiler ve Çözüm Önerileri, Ankara 2006, s.33vd.

<sup>2</sup> 02.07.2012 gün ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, RG. 05.07.2012, 28344.

getirilmiş, yabancı tarafından işlenen rüşvet suçunun ülkemizde re'sen soruşturulması ve kovuşturulmasının önü açılmış, rüşvet suçunda etkin pişmanlık düzenlenmesi yeniden ele alınmıştır. Aynı yasal değişim içerisinde birbirleriyle zorunlu etkileşimde bulunan irtikap suçu (m.252), görevi kötüye kullanma (m.257) ve nüfuz ticareti<sup>3</sup> suçlarında da önemli değişiklikler yapılmıştır.

### I. Suç ve Ceza Politikasının Değişime Etkisi

Ceza hukukunun insanlar arasındaki ilişkilere ne zaman ve ne şekilde müdahale edeceğini doğrudan suç ve ceza politikası<sup>4</sup> belirler<sup>5</sup>. Benimsenen suç siyaseti, ceza hukukunun yazılı olmayan kurallarıyla onun sınırlarını çizer. Bu kapsamda dikkate alınması gereken en etkin argüman *ultima ratio* olarak da bilenen ceza hukukunun *en son çare olma* niteliğidir. Bu niteliğe vurgu yapan görüş ceza hukukunun sınırlandırılmasını, haksızlık içeriği daha az olan suçların suç olmaktan çıkarılmasını; hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kamu davasının açılmasının geri bırakılması, denetimli serbestlik gibi kurumlarla cezalandırmanın ötelenmesini ya da hapis cezasına alternatifler yaratılmasını savunmaktadır. Bunun karşısında ise özellikle terör suçları ve çıkar amaçlı örgütlü suçların daha ağır şekilde cezalandırılması gerektiğini savunan *düşman ceza hukuku*<sup>6</sup> yaklaşımı yer almaktadır.

Suç ve ceza politikası, ceza muhakemesi, ceza genel hukuku ve infaz hukuku alanlarında etkin olmakla birlikte özellikle ceza özel hukukunda kendini göstermektedir. Zira bir eylemin suç olmaktan çıkarılması veya eylemin soyut cezasının artırılması ve eksiltilmesi cezalandırma sınırını

<sup>3</sup> Değişiklik öncesi haliyle Yetkili Olmadığı Bir İş İçin Yarar Sağlama Suçu.

<sup>4</sup> **Dönmezer** Sulhi, "Suç Siyaseti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.52, S.1-4, 1986-1987, s.1vd; **Artuk** Mehmet Emin, "Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2008, C.III, S.1, s.3vd.

<sup>5</sup> 6352 sayılı Kanun m.68'in madde gerekçesinde "*Ancak, izlenen suç siyaseti gereği, rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.*" şeklinde suç siyaseti vurgusu yapılmaktadır. Aynı şekilde 5237 sayılı TCK m.252'nin ilk şeklinin madde gerekçesinde de "*İzlenen suç siyaseti gereğince, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması amacıyla kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık, izlenen suç siyaseti gereğince, haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temininin, rüşvet suçunu oluşturmayacağı kabul edilmiştir.*" şeklinde suç siyaseti vurgusu yapılmaktaydı.

<sup>6</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Jakobs** Günther, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", HRRS 3/2004, s.88-95; **Jakobs** Günther, "Zur Theorie des Feindstrafrechts", Rosenau/Kim (Hrsg.), Strafrecht und Strafgerechtigkeit, Frankfurt 2010, s.167-182.



doğrudan etkiler<sup>7</sup>. Son dönemde yasalaşan yargı paketleriyle denetimli serbestlik hallerinin yaygınlaştırılması, basın suçlarının ertelenmesi, elektriğin hırsızlık suçu kapsamında çıkartılıp karşılıksız yararlanma suçuna dahil edilmesi ve bu suçta etkin pişmanlık halinde kamu davasının açılmayacak olması<sup>8</sup>, hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulama alanının genişletilmesi suç siyaseti anlamında ceza hukukunun sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Buna karşılık rüşvet suçundaki değişim, *yolsuzlukla etkin mücadele edebilme gereğiyle* ceza hukukunun müdahalesinin artırılması yönünde olmuştur<sup>9</sup>. Zira basit rüşvetin görevi kötüye kullanma kapsamında çıkartılıp rüşvet kapsamına dahil edilmesi, rüşvet teklifinin ayrıca düzenlenmesi, rüşvete aracılığın müşterek faillik hali olarak düzenlenmesi, rüşvetin uluslararası veya “uluslarüstü” şekilde işlenen hallerinin<sup>10</sup> kapsamının genişletilmesi, yabancı tarafından işlenen rüşvet suçunun re’sen soruşturulup kovuşturulmasının önünün açılması cezalandırılan eylem sayısını ve ceza miktarını artıracak nitelikte değişikliklerdir<sup>11</sup>. Bu değişiklikler aşağıda açıklanacağı üzere *soruşturma şartının kaldırılması* anlamında ceza muhakemesi alanında da önemli sonuçları olacak niteliktedir.

Elbette suç ve ceza politikasını etkileyen hususlar sadece iç dinamikler değildir. Aynı zamanda Avrupa Birliğine uyum süreci, OECD ve BM sözleşmeleri, Avrupa Konseyi kararları gibi uluslararası suç politikası argümanları da bunu etkilemekte ve suçun işlenmesini önlemeyi amaçlayan

---

<sup>7</sup> *Dönmezer*, s.16.

<sup>8</sup> TCK m. 168 (5) (Ek: 2/7/2012 – 6352/84 md.) Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz.

<sup>9</sup> Türkiye, Uluslararası Şeffaflık Örgütü 2012 raporuna göre yolsuzluğun en az olduğu ülkeler sıralamasında 54. Sıradadır bkz. <http://www.transparency.org/country#TUR>, erişim:29.03.2013, Türkiye’de rüşvetin boyutları hakkında ayrıca bkz. *Çaha* Havva, “Türkiye’de Yolsuzluk: Yapısal Boyutlar ve Uygulama”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.42, S.1, Mart 2009, s.105vd.

<sup>10</sup> Uluslararası rüşvet hakkında bkz. *Barutçu* Süleyman/*Aydemir* Muzaffer/*Barutçu* Esin, “Uluslararası Pazarlarda Rüşvet Sorunu: Denizli’de Faaliyet Gösteren İşletmelerde Bir Araştırma”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S.14, 157vd.

<sup>11</sup> Bu hususta yeni tarihli Yargıtay Kararların çoğu “Hükümden sonra 05/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanununun 87. maddesi ile TCK’nın 252. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,” hususuna ilişkindir. Örn. Y.5.CD. 2009/13261, 2012/9640, 01/10/2012 (yayınlanmamıştır).

kanun koyucuyu yasal değişiklikler yapmaya sevk etmektedirler<sup>12</sup>. Rüşvetin sadece yurtiçinde değil aynı zamanda uluslararası alanlarda da işlenebilen bir suç tipi olması, uluslararası toplulukların bu suçun önlenmesine dair önlemler alması ve bunun iç hukuka yansması doğaldır. Böylece rüşvetle korunan hukuki değerler arasına uluslararası hukuki ve ticari işlemler güvenilirliği de katılabilir. Konuya aşığıda uluslararası rüşvet bahsinde tekrar dönülecektir.

## II. Rüşvet Suçunun Tanımı

Rüşvet genel olarak kamu hizmetini yerine getirme yetkisine sahip kişiye, toplum ve hukuk kurallarına aykırı şekilde (haksız şekilde) menfaat<sup>13</sup> vaat edilerek ya da sağlanarak bir işin yaptırılmasıdır<sup>14</sup>. Tanımlama sadece rüşvetin tek yönünü, rüşvet veren kısmını içerdığı düşünülse de rüşvetin rüşvet almak ve rüşvet vermek şeklinde iki zorunlu yönü bulunmaktadır.

765 sayılı **eski TCK m.211** rüşveti şu şekilde tanımlamaktaydı: “*Ceza Kanununun tatbikinde memur sayılanların, kanunen veya nizamen yapmaya veya yapmamaya mecbur oldukları şeyi yapmak veya yapmamak için aldıkları veya başkalarına aldirdıkları para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağladıkları diğer menfaatler ile bu maksatla alıp sattıkları veya ihale eyledikleri taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark rüşvet sayılır.*” 6352 sayılı Kanun ile **değiştirilmeden önce 5237 sayılı TCK m.252** rüşvet suçunu şu şekilde tanımlamaktaydı: “*Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.*” Bu tanımlama sadece nitelikli rüşvet olarak kabul edilen rüşvet şeklini kapsamaktaydı<sup>15</sup>. Maddenin yeni şeklinde bu tanımlamaya yer verilmemiştir. Bunun esasa ilişkin etkisi aşığıda ele alınmakla birlikte aslında ceza kanununun suçu, bir kavramı tanımlar gibi tanımlama zorunluluğu yoktur, suçun kanuni unsurlarının tip içerisinde açıkça belirtilmesi yeterlidir. Ancak TCK ihaleye fesat karıştırma (m.235/2),

<sup>12</sup> **Ünlü** Ufuk, “Son Değişiklik Kapsamında Rüşvet Suçu”, TBB, S. 102, Eylül-Ekim, s.324.

<sup>13</sup> 6352 sayılı yasa ile değişen yeni m.252’de “yarar” kavramı yerine “menfaat” kavramını tercih edilmiştir. Benzer bir değişim daha önce Görevi Kötüye Kullanma suçunu düzenleyen m.257’de yapılmış ve madde metninde yer alan “kazanç” kavramı “menfaat” olarak değiştirilmişti. 19.12.2010 t. 6086 s. K. ve 27790 s. R.G.

<sup>14</sup> **Mumcu** Ahmet, Osmanlı Devletinde Rüşvet, Özellikle Adli Rüşvet, AÜHF yayını, Ankara 1969, s.1; **Toroslu** Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2008, s.291; **Özbek** Veli Özer/**Kanbur** Mehmet Nihat/**Doğan** Koray/**Bacaksız** Pınar/**Tepe** İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2012, s.969.

<sup>15</sup> Aynı yönde **Tezcan** Durmuş/**Erdem** Mustafa Ruhan /**Önok** Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2012, s.852; **Eker Kazancı** Behiye, Yolsuzluk Kavramı ve TCK’da Yolsuzlukla Mücadeleyi Amaçlayan Hükümler, CHD, Y.3, S.6, Nisan 2008, s.65.

edimin ifasına fesat karıştırma (m.236), fuhuşa teşvik (m.227/2) gibi suçlarda tanım yapma yolunu tercih etmiştir.

Kanun maddesinin **yeni düzenlemesinden** hareketle rüşvet suçu, basit ve nitelikli rüşveti içine alacak şekilde **rüşvet veren bakımından** “Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya araçlar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlamak” **rüşvet alan bakımından** “Kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya araçlar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlaması” olarak tanımlanabilir<sup>16</sup>. Eski tanımlama ile yeni tanımlama arasındaki en önemli farklılık, **görevin gereklerine aykırı olarak** ifadesinin çıkıp yerine **görevinin ifasıyla ilgili** ifadesinin getirilmiş olmasıdır ki bu husus basit-nitelikli rüşvet ayırımına ilişkindir.

### III. Basit Rüşvet – Nitelikli Rüşvet Ayırımına İlişkin Değişim

**Basit rüşvet** kamu görevlisinin görevi gereği yapması gereken bir işi yapması ve yapmaması gereken bir işi yapmaması için menfaat temin etmesidir<sup>17</sup>. Bu durumda kamu görevlisinin zaten yapması gereken bir iş için rüşvet almasına gerek olmadığı söylenebilirse de maalesef uygulamada kamu görevlileri görevi gereği yapması gereken işler için de haksız menfaat temin etmektedirler. Örneğin icra müdür yardımcısının imzası için masasına bırakılan dosyanın arasına zaten yerine getireceği bir işlem için para konulması, icra müdür yardımcısının da bu parayı kabul etmesi bu niteliktedir. Çoğu zaman kamu hizmetlerinden yararlanacak olan bireyler işlerinin daha iyi ve hızlı yerine getirilmesi için de görevliye menfaat temin etmektedirler. Ancak burada sürekli iş ilişkisi içinde oldukları kamu görevlileriyle yakın ilişki kurabilmek için onlara hediyeler alınması<sup>18</sup> ayrıca değerlendirilmelidir. Çiçek, takvim, not defteri gibi hediyeler *fiilin toplumsal uygunluğu* anlamında tipe uygun olmadığı kabul edilmektedir<sup>19</sup>. Ancak özellikle belirtilmelidir ki fiilin toplumsal uygunluğu bir hukuka uygunluk

<sup>16</sup> 6352 Kanununun madde gerekçesindeki tanıma göre “*rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması için, kişiyle anlaşarak kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamasıdır.*”

<sup>17</sup> Karşı taraf için de menfaat temin edilmesidir.

<sup>18</sup> “*Beslemek*” ya da “*Yemlemek*” olarak tabir edilen bu tür eylemler Alman uygulamasında basit rüşvet kapsamında (§§ 331 I ve 333 I yarar sağlama-yarar elde etme) kabul edilmiyordu ancak 1997-1998 yıllarında yapılan değişikliklerle bu tür eylemlerin anılan suçlar kapsamına dahil edilebileceği belirtilmektedir bkz. **Krey Volker/Heinrich** Manfred, Strafrecht Besonderer Teil Band 1, Stuttgart 2008, no.669a.

<sup>19</sup> **Haft** Fritjof, Strafrecht Besonderer Teil II, München 2005, s.291.

sebebi değildir zira bu durumda bir kamu görevlisi hakkında disiplin cezası uygulanabilir<sup>20</sup>.

TCK m.252 rüşveti tanımlarken “**görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması için**” şeklinde sınırlayıcı bir düzenleme yapmıştır. Buna göre rüşvet anlaşmasının konusunu oluşturan işin mutlaka fail konumundaki kamu görevlisinin **görev kapsamında** yer alması<sup>21</sup> ve **belirli bir iş olması**<sup>22</sup> gerekir. Diğer bir ifadeyle belirli bir görevin ifası ile rüşvet arasında **bir bağlantının** varlığı gerekir<sup>23</sup>. “**Görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması için**” ifadesi lafzi anlamda menfaatin temin edilmesi ile görevi ifası arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi olması gerektiği izlenimi yaratmaktadır. Ancak rüşvet anlaşmasının sağlanması yeterli olduğundan menfaatin temin edilmesinin öncelik veya sonralığı önem taşımaz<sup>24</sup>. Ancak rüşvet anlaşmasının görevin ifasından **önce** gerçekleşmiş olması bir zorunluluktur. Keza görevin ifasından sonra memnuniyetin bir göstergesi olarak kamu görevlisine sağlanan haksız menfaati rüşvet kapsamında düşünmek mümkün değildir<sup>25</sup> çünkü menfaatin görevin yerine getirilmesini sağlamak **için** sağlanmış olması gerekir<sup>26</sup>. Değişiklik öncesinde görevi kötüye kullanma suçu kapsamında düzenlenen basit rüşvet tanımlaması “**görevin gereklerine uygun davranılması için veya bu nedenle**”

---

<sup>20</sup> 657 s. Devlet Memurları Kanunu Madde 29 – “Devlet memurlarının doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemeleri ve görevleri sırasında olmasa dahi menfaat sağlama amacı ile hediye kabul etmeleri veya iş sahiplerinden borç para istemeleri ve almaları yasaktır.” Ayrıca bkz. Kamu Görevlileri Etik Kurulu’nun 2011/1 sayılı Genelgesi.

<sup>21</sup> **Toroslu**, Özel Kısım, s.297; **Özen** Mustafa, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Ankara 2010, s.162.

<sup>22</sup> **Önder** Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, s.161; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.858; **Malkoç** İsmail, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/103.doc>, erişim: 31.03.2013; Alman Ceza Kanunundaki düzenleme gereğince basit rüşvet niteliğindeki yarar sağlama suçu bakımından belirli bir iş olma zorunluluğu yoktur bkz. **Haft**, s.292; **Küpper** Georg, Strafrecht Besondere Teil 1, 2.Auflage, §4 no.18.

<sup>23</sup> Alman Ceza Kanununda basit rüşvet ile nitelikli rüşvet farklı maddelerde düzenlenmektedir ve bahsedilen bağlantı sadece nitelikli rüşvet (§§ 332 ve 334) için gereklidir. Basit rüşvet (§§ 331 ve 333) açısından ise sadece kamusal faaliyetin varlığı yeterlidir bkz. **Haft**, s.290; **Heine** Günther, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, München 2010, §331 no.4/5; **Kindhäuser** Urs, Strafgesetzbuch Nomoskommentar, 4.Auflage, Baden Baden 2010, §331 no.9.

<sup>24</sup> **Soyaslan** Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s.513.

<sup>25</sup> Ayrıca bkz. **Toroslu**, Özel Kısım, 293; **Önder**, Özel Hükümler, s.161; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.858; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, s.918.

<sup>26</sup> Bu durumda eski dönem Yargıtay kararlarında da atıfla Görevi Kötüye Kullanma suçunun oluşacağı görüşü için bkz. **Özgenç** İzzet, İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2013, s.78. Ancak TCK m.257 “**kişilere** haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi” ifadesi kamu görevlisinin **kendisine** sağladığı menfaatler bakımından tipikliğin oluşmasını engellemektedir.

şeklinde formüle edildiği için görevin yerine getirilmesinden sonra da çıkar sağlanması suç kapsamında kalıyordu<sup>27</sup>.

**Nitelikli rüşvet** ise kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak yapması gereken bir işi yapmaması (ihmal etmesi<sup>28</sup>), yapmaması gereken bir işi yapması için elde ettiği veya kabul ettiği menfaattir<sup>29</sup>. Örneğin radarla hız sınırını aştığı tespit edilen sürücüye belli bir menfaat karşılığında ceza uygulaması yapmayan polis memuru nitelikli rüşvet suçunu işlemiş kabul edilir. Yukarıda verilen örnekte icra müdür yardımcısı parayı hukuka aykırı talebi kabul etmesi için alıyorsa nitelikli rüşvet söz konusudur.

6352 sayılı yasa ile değişmeden önce basit rüşvet, Rüşvet Suçu kapsamında değil Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257/3) kapsamında cezalandırılıyordu. Yapılan değişiklikle basit rüşvet yeniden Rüşvet Suçu (TCK m.252) kapsamına dahil edilmiş ve Görevi Kötüye Kullanma Suçuna ilişkin m.257/3 yürürlükten kaldırılmıştır<sup>30</sup>. Bu değişiklik yerinde olmakla birlikte Türk Ceza Kanunu m.252’de basit ve nitelikli rüşvetin soyut cezası bakımından bir farklılık yapılmamış, **dört yıldan oniki yıla** gibi geniş bir hapis cezası aralığı tespit edilmiş ve bu hususu göz önünde tutma görevi hakimın takdir yetkisine bırakılmıştır. Halbuki 765 sayılı TCK bile bu hususu göz önünde bulundurarak basit rüşvetin soyut cezasının alt sınırını nitelikli rüşvete göre daha hafif şekilde tayin etmekteydi. Türk Ceza Kanununun kazuistik bir anlayışla gerçekleşmesi muhtemel her bir ihtimali düzenlemesi ve ceza miktarını tayin etmesi elbette beklenemez ancak ceza kanununun suç ve cezaları düzenlerken haksızlık içeriklerini göz önünde bulundurması gerektiği açıktır. Bu noktada kanun koyucunun hem basit hem de nitelikli rüşvetin cezasını, **haksızlık içerikleri** farklı olmasına rağmen aynı ceza aralığına bağlaması yerinde değildir<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> *Okuyucu-Ergün* Güneş, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, TBBD, S. 82, 2009, s.29; Ayrıca bkz. *Üzülmez* İlhan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, (TCK M.257), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, Y.2012, S.1, s.208.

<sup>28</sup> *Tröndle* Herbert/*Fischer* Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2007, § 331 no.8; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, § 49 no.31.

<sup>29</sup> Karşı taraf için de menfaat temin edilmesidir.

<sup>30</sup> Basit rüşvetin Görevi Kötüye Kullanma Suçu kapsamında düzenleniyor olmasını eleştiren yazarlar olduğu gibi bkz. *Haftzoğulları* Zeki/*Güngör* Devrim, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, TBBD, S.69, 2007, s.37; *Okuyucu-Ergün*, s.2; bu düzenlemeyi yerinde bulunlar da vardı bkz. *Artuk /Gökçen/Yenidünya*, Özel Hükümler, s.905.

<sup>31</sup> **765 sayılı TCK’da** basit rüşvet nitelikli rüşvetten daha hafif şekilde cezalandırılmaktaydı: **Madde 212:** “Kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmamak için rüşvet alan veya bir vaat veya taahhüt kabul eden kimseye dört yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Alman Ceza Kanunu, rüşveti dört farklı maddede düzenlemiştir. § 331 Yarar Elde Etme, § 332 Rüşvet Alma, § 333 Yarar Sağlama ve § 334 Rüşvet Verme suçlarını tanımlamaktadır<sup>32</sup>. Burada basit rüşvet olarak nitelendirdiğimiz hususlar rüşvet değil, yarar sağlama ve elde etme suçları kapsamında düzenlenmiştir ve rüşvet almanın cezasının alt sınırı rüşvet vermeye göre daha yüksektir. Elbette bu düzenleme şekli eleştirilebilir çünkü rüşvet almak ve rüşvet vermek aslında birbirini tamamlayan ve neticesinde rüşvet suçunu ortaya çıkaran haksızlık türleridir. Bunları sanki farklı birer suçmuş gibi farklı maddeler altında düzenlemek kanaatimizce yerinde değildir<sup>33</sup>. Olması gereken rüşvet suçu başlığı altında bu iki eylemi farklı ceza aralıklarını içerir şekilde düzenlemektir. Alman öğretisinde de tartışmalı olmakla birlikte §§ 332 ve 334'ün §§ 331 ve 333'ün nitelikli halleri olduğu ve rüşvetin konusunun kısmen yapılması gereken kısmen de yapılmaması gereken bir şey olması halinde failerin sadece nitelikli rüşvetten dolayı cezalandırılacağı kabul edilmektedir<sup>34</sup>.

Yapılan değişikliğin ceza muhakemesi anlamında da önemli sonuçları olacaktır. Değişiklikten evvel görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilen basit rüşvet eylemleri 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında kalmaktaydı. Ancak değişikliğin sonrasından yeniden rüşvet suçu kapsamında kalan eylem bakımından **3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet Ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu** madde 17 geçerli olacaktır<sup>35</sup>. Bu düzenleme göre “*Bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.*”

---

*Cürmün, yapılması gereken işin yapılmaması veya yapılmaması gereken işin yapılması için işlenmesi halinde faile beş yıldan oniki yıla kadar ağır hapis cezası verilir.”*

<sup>32</sup> Benzer düzenlemeler İsviçre Ceza Kanununun 322 maddesinin 3-8. alt ayrımları arasında da yer almaktadır.

<sup>33</sup> Bu eylemleri rüşvet alma suçu ve rüşvet verme suçu olarak nitelendiren görüşe katılmıyoruz bkz. **Baytemir** Erdal, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu”, TBB Dergisi, Sayı88, 2010, s.360vd. Yargıtay da bu kavramları kullanmaktadır bkz. **Y.5.CD., 2012/10353, 2012/9976, 08/10/2012.**

<sup>34</sup> **Haft**, s.291; **Küpper**, §4 no.7; **Kindhäuser**, §332 no.1; Ayrıca bu ayrımı “ağır suçlar” – “hafif suçlar” şeklinde yapanlar da vardır bkz. **Toroslu**, Özel Kısım, s.292; **Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf**, § 49 no.17; **Sancar** Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s.205vd.

<sup>35</sup> **Ünlü**, s.339.

Böylece bu tür eylemlerin soruşturmasında Cumhuriyet Savcılarını soruşturma izni almak zorunda kalmadan re'sen soruşturmayı yürütebilecekler ve sadece m.19 gereğince sadece yetkili mercilere bilgi vereceklerdir.

#### IV. Rüşvet ve İcbar Suretiyle İrtikap Suçu Ayrımı

6352 sayılı yasa ile irtikap suçuna ilişkin TCK m.250/1'e şu ifade eklenmiştir: “*Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.*” İcbar suretiyle irtikap ile rüşvet suçu arasındaki temel ayrım rüşvet suçunda tarafların özgür iradeleriyle hareket etmelerine rağmen icbar suretiyle irtikap suçunda *kamu görevlisinin zorlamasıyla* hizmetten yararlanacak olanın yarar sağlamak zorunda kalmış olmasıdır. İrtikap suçuna eklenen bu ifade uygulamada “*bahşış*” olarak tabir edilen ödemelerin de irtikap suçu kapsamında kalmasına neden olabileceği doktrinde belirtilmektedir<sup>36</sup>.

Bu tür eylemlerin irtikap veya rüşvet suçu kapsamında kalmasının sonuçları özellikle yarar sağlayan taraf bakımından çok önemlidir. Zira irtikap eylemlerinde yarar sağlayan özgür iradesi ile hareket etmediği için cezalandırılmazken, rüşvet veren kişi cezalandırılmaktadır. Bu tanımlamanın uygulanacak kanun maddesinin tespiti bakımından bir takım zorlukları beraberinde getireceği muhakkaktır. Zira kamu görevlisine haksız bir menfaat/yarar sağlayan bireyin mutlaka savunması “*kendimi mecbur hissettiğim için ödeme yaptım*” şeklinde olacaktır. Bu gibi durumlarda eğer *kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları* şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulabiliyorsa ki bu oldukça zordur, icbar suretiyle irtikap suçunun oluştuğu, aksi halde rüşvet suçunun oluştuğu kabul edilecektir<sup>37</sup>.

Yargıtay bu ayrımı açıklarken yeni tarihli kararlarında da “*gayrimeşru zeminde bulunma*” kriterini kullanmaktadır<sup>38</sup>. İrtikap suçunda sadece kamu

<sup>36</sup> Şen Eran, “Bahşış alan memuru yakacak sistem”, <http://www.haber7.com/prof-dr-ersan-sen/haber/910444-bahsis-alan-memuru-yakacak-sistem>, erişim 13.03.2013.

<sup>37</sup> Bu düzenleme *İcbar Karinesi* olarak kabul edilmektedir *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, s.953; Benzer eleştiriler için bkz. *Tezcan/Erdem/Önok*, s.838.

<sup>38</sup> Bu hususta Yargıtay vermiş olduğu kararda iki suç arasındaki ayrımı şu şekilde tartışmıştır: “*Rüşvet suçu 5237 sayılı TCK'nın suç tarihinde yürürlükte bulunan 252. maddesine göre; bir kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyile vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıyla oluşacak ve ayrıca bu suçta her iki tarafın da gayrimeşru zemin içinde bulunmaları* gerekecek, taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulduğu anda rüşvet suçu meydana gelecektir.

görevlisinin, rüşvet suçunda ise her iki tarafın da gayrimeşru zeminde oldukları esasına dayanan bu kriter farkı ortaya koymak adına tek başına yeterli değildir. Özellikle bir tıbbi müdahalenin temini amacıyla hekimlere menfaat veya yarar sağlayan kişinin meşru mu yoksa gayrimeşru mu zeminde olduğunu tespit edebilmek her zaman kolay olmamaktadır. Yargıtay değişiklik öncesi vermiş olduğu kararlarında “**bıçak parası**” olarak adlandırılan menfaat alımının irtikap veya rüşvet değil görevi kötüye kullanma suçu kapsamında olduğuna yönelik kararlar vermekteydi<sup>39</sup>. Değişikliklerden sonra bu içtihatların da değişeceği, bu durumda TCK m.250/1’e eklenen *cebir karinesine* dair düzenlemenin ya da en azından basit rüşvet olarak TCK m.252’nin uygulanabileceği söylenebilir. Bu farklılığın özellikle Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (CMK m.231) anlamında önemli bir sonucu olacağı muhakkaktır; zira görevi kötüye kullanma suçundan verilen mahkumiyet hükmünün açıklanması geri bırakılabilirken irtikap veya rüşvet suçuna ilişkin mahkumiyet ceza alt sınırının iki yıldan fazla olması nedeniyle bu ihtimal daha zayıftır.

---

**Cebri irtikap suçu** ise, kamu görevlisinin sıfat ve görevini kötüye kullanarak kişiyi tazyik etmesi ile başlayıp, bu sıkıştırma karşısında mağdurun da memurun haksız işlemlerini önlemek zorunluluğunu duyarak ona menfaat temin ve vaat etmesi ile oluşur. Kamu görevlisi açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini yapmayacağını söylemek suretiyle onu manevi cebir altında bulundurmaktadır. Böyle haksız bir durumla karşılaşan ve haklı işinin kamu görevlisi tarafından yapılmayacağı veya geciktirileceği ya da haksız bir muameleye maruz kalacağı endişesine kapılan mağdur belli bir şiddete ulaşmış olan bu manevi cebirin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istendiğini bildiği parayı ve sair menfaatleri kamu görevlisine vermekte ya da vaat etmektedir. Burada mağdur meşru zeminde bulunmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30/03/2010 tarih ve 2009/5-167-2010/70 sayılı Kararında da açıklandığı üzere; icbar suretiyle irtikap suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket icbar kavramına dahildir. Manevi cebirin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerekir.” Y.5.CD. 2010/4216, 2012/10519, 18.10.2012, (yayınlanmamıştır).

<sup>39</sup> “Uzman doktor olan ve aynı zamanda serbest muayenesi de bulunan sanığın, önceden hastanede yataklı tedavi görmesini sağladığı katılanın rahatsızlanarak tekrar özel muayenehanesine gelmesi üzerine böbreğinde bulunan taşı almak için bıçak parası ve narkozcuya verilmek üzere 300.000.000.TL talep ettiği, müştekinin maddi durumu iyi olmadığı Yeşilkartlı olduğunu söylemesi üzerine, sanığın parayı verdiği takdirde ameliyat yapacağını söylediği müştekinin rıza göstermeyip durumu yetkili bildirerek olayın ortaya çıkarılmasında ameliyatla tedavi için para istemekten ibaret eylemde irtikabın ikna veya icbar unsurunun bulunmadığı, ...” Y.5.CD. 2005/18318, 2006/8649, 07.11.2006, www.adalet.org.

“Kanser olma riski bulunan ancak çok acil müdahaleye gereksinim duyulmadığı anlaşılan mağdurun bir başka doktor veya sağlık kuruluşuna başvuru olanağı varken, ayrıca hastanede gerçekleştirilecek operasyon için istenen paranın yasal olmadığını bilmesine rağmen, sanığın teklifini kabul ederek para vermesi olayında, sanığın söz ve davranışlarında, irtikabın cebir veya ikna unsurunun öğretisi ve uygulamanın kabul ettiği anlamda bulunmadığı, sanığın eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturacağı gözetilmeyerek...” Y.5.CD. 2007/2745, 2007/5667, 03.07.2007, www.adalet.org.



Kanun maddesine eklenen yeni cümlede yer alan “*kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle*” ifadesi üzerinde de ayrıca durmak gerekir. Kamu görevlisi görevini yerine getirirken riayet edilmesi gereken sırayı haksız menfaat sağlayan kişi lehine bozmuşsa ve yerine getirmesi gereken bir işi yerine getirmişse nitelikli rüşvet suçunu işlemiş olur. Çünkü kamu görevlisi her ne kadar yerine getirmesi gereken bir işi yerine getirmiş ise de özellikle kamu hizmetinin zamanlamasının önem arz ettiği durumlarda görevinin gereklerine aykırı davranmış olur<sup>40</sup>. Bunun yanında kamu görevlisi bir hizmetten yararlanmak için başvuran kişiye *manevi baskı* uygulamak amacıyla haksız bir şekilde oldukça geç bir randevu tarihi vermiş ve bunun yerine işinin zamanında görülmesini arzu eden vatandaş kamu görevlisine haksız menfaat sağlamış olabilir. Bu durumda TCK m.250/1’e eklenen *cebir karinesine* dair düzenlemenin uygulanabilme ihtimali vardır. Bu durum özellikle ameliyat tarihlerinin belirlenmesinde, tapu işlemleri veya gümrük işlemlerinin yerine getirilmesinde söz konusu olabilir.

#### V. Rüşvet Almak (Pasif Rüşvet) ve Rüşvet Vermek (Aktif Rüşvet) Yönü

Rüşvet suçu, bir tarafında kamusal faaliyetin muhatabı olan kişi diğer tarafında ise kamusal faaliyeti yerine getirme yetki ve/veya yükümlülüğüne sahip kamu görevlisi olan *hukuka aykırı bir sözleşme* hüviyetindedir<sup>41</sup>. Rüşvet suçunun özü olarak kabul edilen<sup>42</sup> bu anlaşmayı TCK m.252/3 **rüşvet anlaşması** (=Unrechtsvereinbarung<sup>43</sup>) olarak adlandırmaktadır. Bu şekliyle rüşvet vermek ve rüşvet almak şeklinde iki farklı haksız eylem ve bunların birleşiminden ortaya çıkan rüşvet suçu bulunmaktadır. Bu durum rüşvet suçunu karşılaşma şeklindeki çok failli suçlardan yapar<sup>44</sup>. Böylece rüşvet veren veya rüşvet alanın varlığı bu suçun kanuni unsurlarındandır ancak

<sup>40</sup> Anlaşma gereği görevin geciktirilmesi hususunda benzer açıklamalar için bkz. *Özen*, s.170.

<sup>41</sup> Ayrıca bkz. *Sancar*, s.204.

<sup>42</sup> *Schünemann Bernd*, “Die Unrechtsvereinbarung als Kern der Bestechungsdelikte nach dem KorrrBekG”, in: FS. für Otto, 2007, s.777; *Heine*, in:S/S, §331, no.4/5; *Küpper*, §4 no.5.

<sup>43</sup> Alman Ceza Kanununda da 1997-1998 yıllarında *Yolsuzlukla Mücadele Yasası* ile bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede §§ 331 I ve 333 I için geçerli olacak şekilde “*menfaatin görevin karşılığı olarak verilmiş olması*” yerine “*görevin yerine getirilmesi için menfaat temin edilmesi*” formülü benimsenmiştir. Böylece haksızlık anlaşması unsuru zayıflatılmış ve somut bir anlaşma yerine soyut bir anlaşma yeterli kabul edilmiştir. bkz. *Krey/Heinrich*, no.669a; *Küpper*, §4 no.5; *Arzt Gunther/Weber Ulrich/Heinrich Bernd Heinrich/Hilgendorf Eric*, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Bielefeld 2009, § 49, no.27.

<sup>44</sup> *Özgenç* İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013; s.470; *Sancar*, s.168.

herhangi birisinin şahsi bir cezasızlık sebebi, dava veya cezayı düşüren hallerden birisi nedeniyle cezalandırılmayacak olması diğerinin cezalandırılmasını engellemez<sup>45</sup>.

Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak Alman Ceza Kanunu'nda rüşvet vermek (§§ 331 ve 332) ve rüşvet almak (§§ 333 ve 334) farklı maddelerde düzenlenmiştir. Alman doktrininde yapılan sistematik ayrıma göre rüşvet suçunu *aktif ve pasif rüşvet* olarak ikiye ayırabilmek mümkündür. Rüşvet veren aktif, rüşvet alan ise pasif rüşvet tipini ortaya koymaktadır<sup>46</sup>. Benzer bir sistem 765 s. eski TCK'da da yer almaktaydı, rüşvet almak m.212'de, rüşvet vermek ise m.213'de aynı ceza aralığını öngörür şekilde bağımsız suçlar olarak düzenlenmekteydi<sup>47</sup>. Yukarıda da açıkladığımız üzere bu sistem bu iki hususu farklı suçlarmış gibi düzenlediği için eleştirilebilir zira rüşvet vermek ve rüşvet almak birbirinden tamamen bağımsız suçlar değil aynı suçun tamamlayıcı unsurlarıdır. Bu aslında bir zorunlu iştirak (=notwendige Beteligung) halidir ancak bu iki kişi birbirinin eylemine klasik anlamda iştirak eden konumunda değildirlir<sup>48</sup>. Bunun anlamı, bir tarafın hem kendi eyleminden fail olarak hem de diğer tarafın eyleminden azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılmayacak olmasıdır<sup>49</sup>.

6352 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce m.252/3'de yapılan rüşvet tanımlamasında aslında *rüşvet alma* eylemi tanımlanmaktaydı. Kanun koyucunun tanımlamada rüşvet alan kamu görevlisini esas almasının, rüşvet vermeyi tanımlamaya dahil etmemesinin nedeni TCK m.252'nin ilk cümlesinde rüşvet alma suçunu düzenleyip, ikinci cümlesinde rüşvet verenin de kamu görevlisi gibi cezalandırılacağını düzenlemiş olmasındandır. Halbuki değişen TCK m.252/1'de kanun koyucu bu tercihten vazgeçmiş ve önce *rüşvet verme* eylemini düzenlemiş, 2. fıkrasında kamu görevlisinin de 1. fıkra gereğince cezalandırılacağını düzenlemiştir. Cezalandırmaya doğrudan bir etkisi olmayan bu değişim, asıl cezalandırılan eylemi rüşvet almaktan rüşvet vermeye dönüştürmüştür.

Bu noktada kamu hizmetini yerine getirme yetki ve yükümlülüğüne sahip bir kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili bir hususta bireylerden haksız menfaat temin etmesinin haksızlık içeriği, bireyin kamu görevlisine menfaat temin etmesine göre daha yoğundur. Bu nedenle, Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi rüşvet vermenin, rüşvet alma eylemine göre daha hafif şekilde cezalandırılması gerektiği düşünülebilir. *Önder*'in de belirttiği

<sup>45</sup> *Önder*, Özel Hükümler, s.153; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, s.976.

<sup>46</sup> *Küpper*, §4 no.7; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, § 49 no.44.

<sup>47</sup> Eski TCK sistematğinde bunlar birbirinden bağımsız suçlar olarak düzenlenmekteydi bkz.

*Önder*, Özel Hükümler, s.154; *Sancar*, s.206.

<sup>48</sup> *Önder*, Özel Hükümler, s.174; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, § 49 no.44; *Özgenç*, s.468; *Tezcan/Erdem/Önok*, s.866; *Kindhäuser*, §331 no.25.

<sup>49</sup> *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, § 49 no.44.

üzere rüşvet çok failli bir suçtur **ancak** kanun koyucu bu faillerden birisini (rüşvet veren) diğerine (rüşvet alan) nispetle daha hafif bir ceza ile cezalandırabileceği gibi bu suçların niteliklerini de farklı olarak tespit edebilmektedir<sup>50</sup>. Kanun koyucu bu hususta bir ayrıma gitmeden her ikisini de aynı şekilde aynı suçun müşterek failleri olarak cezalandırmayı tercih etmiştir.

## VI. Rüşvet Teklifi ve Suça Teşebbüs

Rüşvet suçunda yapılan değişikliklerden bir diğeri de TCK m.252/4'de yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre "*Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.*" Rüşvet suçu m.252/3'de belirtildiği üzere rüşvet konusunda tarafların anlaşmaya varmasıyla tamamlanır<sup>51</sup>. Rüşvet anlaşmasının sağlanmasına yönelik teklif ve taleplerin karşı tarafça kabul edilmemesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalır. Ancak kanun koyucu uygulamada yaşanan tereddütleri gerekçe göstermek suretiyle<sup>52</sup> bu durumu ayrıca düzenlemiştir. Bu açık düzenleme gereğince bu durumda suça teşebbüs kapsamında TCK m.35 uygulanmayacak, rüşvet verme ve rüşvet alma eylemlerine göre belirlenecek ceza yarı oranında indirilecektir. Bu değişiklik yapılmadan önce 252. maddenin **sadece** son fıkrasında uluslararası mahiyetteki rüşvet suçunda "*yarar teklif veya vaat edilmesi*" de rüşvet tanımına dahil edilmekteydi ve bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilmekteydi<sup>53</sup>.

Yargıtay değişiklik öncesinde bazı kararlarında rüşvet teklifinin kabul edilmemesini rüşvete teşebbüs<sup>54</sup> bazı kararlarında ise kamu görevlisine

<sup>50</sup> **Önder** Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, İstanbul 1992, s.458; ayrıca bkz. **Sancar**, s.231vd.

<sup>51</sup> 765 s. TCK döneminde rüşvet teklif edilmesi suçun seçimlik hareketlerinden birisi olarak düzenlenmekteydi ve bireyin kamu görevlisine rüşvet teklifinde bulunması ve bu teklifin memura ulaşması ile rüşvet verme suçunun tamamlandığı kabul edilmekteydi bkz. **Önder**, Özel Hükümler, s.154.

<sup>52</sup> Kanun koyucu değişiklik madde gerekçesinde bu durumu şu şekilde açıklamıştır. "*5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 252 nci maddesine ikinci fıkra olarak yeni bir hüküm eklenerek, uygulamada tereddüt oluşturan hususlara açıklık getirilmiştir. Ancak, bu gibi hallerde rüşvet suçuna teşebbüsten dolayı cezaya hükmedilmekle birlikte rüşvet suçuna teşebbüsten dolayı hükümlenilecek olan cezaya asgari bir sınır getirilmiştir.*"

<sup>53</sup> **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, s.886.

<sup>54</sup> Yasal değişiklik resmi gazetede yayınlanmadan bir gün önce verilen karara göre "*Suç tarihinde sanığın arkadaşı ile birlikte arkadaşının kullanmış olduğu araç ile seyahat ettikleri sırada yol üzerinde mola verdikleri, bu sırada olay yeri çevresinde devriye görevini yerine*

hakaret suçunun<sup>55</sup> oluşacağına yönelik kararlar vermektedir<sup>56</sup>. Yeni tarihli kararında ise Yargıtay “05/07/2012 gün ve 28344 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun 87. maddesi ile değişik 5237 sayılı TCK’nın 252. maddesinin 4. fıkrasındaki “Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatle bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hallerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.” **düzenlemesinin sanıklar lehine hükümler içermesi nedeniyle sanıkların hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,**” şeklinde karar vermiştir<sup>57</sup>. Bu kararda Yargıtay, yeni düzenlemenin sanıklar lehine hükümler içerdiğini belirtmiş olmakla birlikte, bu düzenleme sanık aleyhine de olabilir çünkü TCK m.35 gereğince teşebbüs halinde süreli hapis cezasında dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirim yapılabilmektedir. Zira Yargıtay başka bir kararında “Sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanması sırasında TCK’nın 35. maddesi ile 2/3 oranında indirim yapılması karşısında, hükümden sonra yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa ile değişik TCK’nın 252/4. maddesinin **sanık lehine olmadığı** nazara alınarak bu husus bozma nedeni yapılmamıştır.” şeklinde karar vermiştir<sup>58</sup>.

---

getiren Jandarma Trafik Timinde görevli müşteki ve yanındaki diğer görevlilerin sanık arkadaşının içinde bulunduğu aracın yanına geldikleri, yapılan alkol kontrolünde araç şoförününün 193 promil alkollü olduğunun tespiti üzerine hakkında alkollü araç kullanmaktan işlem yapılacağı sırada, araçta oturan sanığın araçtan inip müştekinin yanına gelerek iki adet 10 TL’yi müştekiye uzatarak “alın bu parayı çorba için, sizde yolunuzu bulun, işlem yapmaya gerek yok” diyerek parayı müştekinin cebine koyması üzerine teklifin kabul edilmeyerek tutanak tutulması şeklinde sübut bulan olayda, sanığın, alkollü araç kullanması nedeniyle arkadaşısı hakkında işlem yapmak isteyen müştekiden işlem yapmaması isteyerek görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması amacıyla menfaat teminin etmeye çalıştığı, bu haliyle **sanığın eyleminin rüşvet vermeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirir**” Y.5.CD. 2009/6851, 2012/7831, 04/07/2012, (yayınlanmamıştır).

<sup>55</sup> “Sanıkta kaçak eşya ele geçmediği, şarta bağlı olan teklifin rüşvet suçuna vücut vermeyeceği bu nedenle de, sübutu kabul edilen eylemin **kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçunu** oluşturacağı gözetilmeksizin suç vasfının tayininde hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirir.” Y.5.CD. 2010/7250, 2012/11043, 08/11/2012, (yayınlanmamıştır).

<sup>56</sup> **Baytemir**, s.338.

<sup>57</sup> Y.5.CD. 2009/7181, 2012/9159, 20/09/2012, (yayınlanmamıştır).

<sup>58</sup> Y.5.CD. 2010/197, 2012/9698, 02/10/2012, (yayınlanmamıştır).

## VII. Rüşvete Aracılık ve Müşterek Faillik

Rüşvet suçuna iştirak anlamında 6352 sayılı yasa ile m.252'ye eklenen beşinci fıkraya göre “Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, **müşterek fail olarak cezalandırılır**”<sup>59</sup>. Benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK m.216'da da yer almaktaydı buna göre “Rüşvete aracılık eden kimse, rüşveti veren ve alandan hangisinin vasıtası ise **onun suç ortağı sayılır.**” Yeni düzenlemenin eskisinden farkı “kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın” vurgusudur. Bu düzenlemenin sayesinde kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın şeriklerin müşterek fail olarak cezalandırılmasının önünü açıyor olmasıdır. Halbuki özgü suçlara iştiraki düzenleyen TCK m.40/2 gereğince “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.” Bu yeni düzenleme karşısında kamu görevlisi olmayan kişiler de rüşvet alma eyleminin müşterek faili konumuna gelebileceklerdir.

Bu şekilde bir düzenlemenin eski TCK'dan farklı olarak yeni TCK'nın ilk şekline alınmaması doktrinde rüşvet suçunun yapısındaki değişime dayandırılmaktaydı<sup>60</sup>. Madde gerekçesinde bu durum şu şekilde açıklanmıştı: “Rüşvet suçu, bir karşılaşma suçudur; bu nedenle, çok failli bir suçtur. Bir tarafta, rüşvet veren; diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır. Rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu itibarla, veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur<sup>61</sup>. Söz konusu suç, menfaatin temin edildiği anda tamamlanmış bulunmaktadır. Menfaat temin edilinceye kadar suça iştirak mümkündür. Bu nedenle, söz konusu suç tanımı kapsamında “rüşvete aracılık eden” kavramına yer verilmemiştir.” Ancak 6352 s. yasa ile suçun yapısı değiştirilmemiş olmasına rağmen yeniden “rüşvete aracılık eden” kavramı yeniden madde kapsamına eklenmiştir. Bu defa 6352 s. kanununun madde gerekçesinde bu geri dönüş şu şekilde açıklanmıştır: “Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda müstakil bir suç olarak “rüşvete aracılık suçu” tanımına yer verilmişti. Pek çok yönden

<sup>59</sup> Madde gerekçesi “Gerçekte haksız menfaatin temin edildiği anda tamamlanan rüşvet suçunun işlenişine bu aşamaya kadar iştirak mümkündür. Bu nedenle, rüşvete aracılık eden kişinin bu suça iştirakten dolayı cezalandırılacağı kuşkusuz ise de, iştirak ve dolayısıyla sorumluluk statüsünün ne olduğu konusunda tereddüt yaşanmaktadır. 252 nci maddeye üçüncü fıkra olarak eklenen yeni hükümlerle, rüşvete aracılık eden kişinin bu suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulması gerektiği hususuna açıklık getirilmiş ve bu suretle uygulamada yaşanan tereddüdün giderilmesi amaçlanmıştır.”

<sup>60</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.918; Özen, s.213.

<sup>61</sup> Aynı şekilde bkz. Özgenç, İrtikap, s.79.

sorunlu olan bu suç tanımına 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun sisteminde yer verilmemiştir. Böyle bir hükme Kanunda yer verilmemesi bir eksiklik olmamakla birlikte, uygulamada rüşvete aracılık edilmesi halinde aracılık eden kişinin ne suretle cezalandırılacağı hususunda tereddüt yaşanmaktadır. Gerçekte haksız menfaatin temin edildiği anda tamamlanan rüşvet suçunun işlenişine bu aşamaya kadar iştirak mümkündür. Bu nedenle, rüşvete aracılık eden kişinin bu suça iştirakten dolayı cezalandırılacağı kuşkusuz ise de, iştirak ve dolayısıyla sorumluluk statüsünün ne olduğu konusunda **tereddüt** yaşanmaktadır. 252 nci maddeye üçüncü fıkra olarak eklenen yeni hükümle, rüşvete aracılık eden kişinin bu suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulması gerektiği hususuna açıklık getirilmiş ve bu suretle uygulamada yaşanan tereddütün giderilmesi amaçlanmıştır.”

Gereğede bahsi geçen tereddüt, özellikle aracı konumunda olan kişilerin suça iştirak çerçevesindeki konumunun tespitine ilişkindir. Özellikle rüşvet suçuna aracılık eden kişinin rüşvet verenin mi rüşvet alanın mı vasıtası olduğunun tespitinde güçlük çekilebilmektedir. Ayrıca 765 s.TCK döneminde aracı konumunda olan kişinin her iki tarafında vasıtası gibi hareket ederse hem rüşvet vermeye hem de rüşvet almaya iştirak ettiği dolayısıyla iki kez cezalandırılma durumunda kalabileceği belirtilmekteydi<sup>62</sup>. Rüşvet vermek ve rüşvet almak eylemlerini farklı paragraflarda cezalandıran Alman CK. bakımından bu sorunu çözmek amacıyla Alman doktrini tarafından geliştirilen **Taraf Teorisine** (=Lagertheorie) göre rüşvet alan kamu görevlisinin eylemine iştirak eden kişi aynı zamanda rüşvet verenin de eylemine iştirak etmiş sayılmaz, tersi durumda da aynı yorum yapılmalıdır<sup>63</sup>. Yukarıda belirtilen 765 s. TCK döneminde geçerli olan m.216 da bu teoriyle aynı doğrultuydu. Elbette bu durumda iştirak edenin hangi tarafın eylemi bakımından iştirak iradesi ile hareket ettiğini tespit etmek kritik bir öneme sahiptir<sup>64</sup>. Bu noktada teorinin temelinde yer alan düşüncüyü açıklamak gerekir. Teoriye göre çift taraflı işlenen suçlarda suçun işlenmesine katkısı olan üçüncü kişi **öncelikle** (=vorrangig) hangi tarafla birlikte hareket etmekteyse onun eylemine iştirak etmiş sayılır<sup>65</sup>. Eğer iştirak edenin her iki tarafa da eşit şekilde katkıda bulunmuşsa (=gleichrangige Doppelmitwirkung) bu durumda cezalandırma sadece daha ağır ceza öngören maddeye göre yapılacak, daha hafif ceza öngören iştirak geri planda kalacaktır<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.887, dpn.101; Sancar, s.207-208.

<sup>63</sup> Sowada Christoph, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 13: §§ 331-358, § 331 no.137; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 49 no.45.

<sup>64</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 49 no.45.

<sup>65</sup> Sowada, in:LK, § 331 no.138.

<sup>66</sup> Tröndle/Fischer, § 331 no.38; Sowada, in:LK, § 331 no.139; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 49 no.45.

Son olarak iştirak türü üzerinde de durmak gerekirse, 765 s. TCK aracı konumunda olan kişiyi **suç ortağı** kapsamına dahil ederken, 6352 s. Kanunla değişik yeni TCK **müşterek fail** olarak kabul etmiştir. Kanımızca bu sınırlayıcı düzenleme cezalandırma kapsamını olması gerektiğinden daha fazla artırdığından bahisle eleştirilebilir<sup>67</sup>. Zira TCK m.40/2de yer alan sınırlayıcı düzenleme olmasaydı dahi *rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, icra hareketlerindeki fonksiyonel hakimiyeti göz önünde bulundurularak belki de yardım eden olarak cezalandırılacakken bu açık düzenleme karşısında müşterek fail olarak cezalandırılacaktır.*

### VIII. Menfaat Sağlanan Üçüncü Kişi ve Müşterek Faillik

Rüşvete iştirak hallerine ilişkin bir yeni düzenleme de altıncı fıkraya eklenmiştir. Buna göre *“Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, **müşterek fail olarak cezalandırılır**”<sup>68</sup>. Bu düzenlemenin özgü suçlara iştirak anlamında yarattığı istisnai duruma ilişkin yukarıdaki açıklama burada da geçerlidir. Bu fıkranın uygulanmasında örneğin, rüşvet alan kamu görevlisi, banka hesaplarının denetim altında olmasından endişe ederek menfaati eşinin veya bir yakınının banka hesabına havale edilmesini talep edebilir. Bu durumda elbette üçüncü kişinin **iştirak iradesinin** varlığı aranır yani kendi hesabına para aktarılan üçüncü kişi bu paranın bir rüşvet niteliğinde olduğunu biliyor olması ve bu şekliyle kabul etmesi gerekir. Bu menfaati sonrasında rüşvet alan kamu görevlisine devretmek üzere teslim almışsa *“rüşvetin temini hususlarında aracılık eden”* olarak m.252/5 gereğince yine müşterek fail olarak cezalandırılır. Başka bir örnekte, rüşvet verenle kamu görevlisi arasında kamu görevlisinin üçüncü bir kişiye olan borcunu kapatma şeklinde bir rüşvet anlaşması yapılmış ancak bu durumdan alacaklı üçüncü kişinin bilgisi yoksa onun hakkında m.252/6 uygulanamaz. Rüşvet alan kamu görevlisi bakımından ise suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu oluşabilir<sup>69</sup>.*

Bu düzenleme iştirakin mümkün olabileceği an yönünden de önem taşır. Genel kurallar çerçevesinde suça iştirakte birlikte suç işleme kararı, suçtan önce veya en geç suç işlendiği esnada bulunmalıdır<sup>70</sup>. Rüşvet suçunda

<sup>67</sup> Önder'e göre bu şekilde bir düzenlemeye gerek yoktur husus genel iştirak kuralları gereğince çözümlenebilir bkz. **Önder**, Özel Hükümler, s.174.

<sup>68</sup> Benzer bir düzenleme **765 s. TCK m.216**'da yer almaktaydı *“Rüşvete aracılık eden kimse, rüşveti veren ve alandan hangisinin vasıtası ise onun suç ortağı sayılır.”*

<sup>69</sup> **Küçükkince** Alptekin, Rüşvet Suçu, Ankara 2010, s.114.

<sup>70</sup> **Artuk** Mehmet Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya** Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s.633.

ise suçun tamamlanma anı ile suçun sona erme anı farklıdır. Kanun koyucu açık bir düzenlemeyle suçun tamamlanma anını öne çekmiştir ve rüşvet anlaşmasının sağlanmasıyla suç tamamlanmış kabul edilir ancak suç anlaşma konusu menfaat rüşvet alana sağlanıncaya kadar devam eder ve son menfaatin kamu görevlisi veya üçüncü kişiye sağlanması ile suç sona erer<sup>71</sup>. Bu durum özellikle suça iştirakte önem arz eder, bu tür suçlara iştirak suç sona erinceye kadar mümkün hale gelir<sup>72</sup>. Dolayısıyla rüşvet alan kamu görevlisi rüşvet veren ile anlaşma sağladıktan sonra bu durumu arkadaşına anlatsa ve yakalanmamak amacıyla paranın *komisyon karşılığında* onun hesabına aktarılıp aktarılmayacağını sorsa ve bu talebini arkadaşı kabul etse, o da rüşvet suçuna müşterek fail olarak iştirak etmiş kabul edilmelidir.

### IX. Uluslararası Rüşvete İlişkin Yeni Düzenleme

6352 sayılı ile TCK m.252'nin uluslar arası rüşvete ilişkin düzenlemesinin kapsamı suçun faili anlamında daha açıklayıcı şekilde ele alınmıştır. TCK m.252/9 gereğince;

*“Bu madde hükümleri;*

- a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine,*
  - b) Uluslararası veya uluslararası mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere,*
  - c) Uluslararası veya uluslararası parlamento üyelerine,*
  - d) Kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dahil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere,*
  - e) Bir hukuki uyuşmazlığın çözümü amacıyla başvuru tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaşı veya yabancı hakemlere,*
  - f) Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslararası örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine,*
- görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması ya da uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde*

---

<sup>71</sup> *Tröndle/Fischer*, § 331, 30; 5237 sayılı TCK m.252 gerekçesinde bu durum şu şekilde açıklanmıştır: “Rüşvet suçu, menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlanmış olur. Ancak, izlenen suç siyaseti gereği olarak, rüşvet suçunun kamu görevlisi ile iş sahibi arasında belli bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla yönelik menfaat teminini öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir.” Ayrıca bkz. *Özgenç*, İrtikap, s.82.

<sup>72</sup> *Tezcan/Erdem/Önok*, s.865.



*edilmesi yahut muhafazası amacıyla; doğrudan veya aracilar vasitasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi ya da bunlar tarafından talep veya kabul edilmesi halinde de uygulanır.”*

Değişiklik öncesinde aynı düzenleme, daha genel ifadeler kullanılmak suretiyle “*Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının memur veya görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.*” formüle edilmişti. Yeni düzenleme, eski düzenlemede yer alan *yasama, idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının memur veya görevlilerine* şeklindeki genel ifadeyi daha sınırları belirli şekilde düzenlemiştir. Kanunilik ilkesi anlamında yeni düzenlemenin daha yerinde olduğu söylenebilir. Bu değişikliğin yapılmasında OECD’nin Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi<sup>73</sup>, Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi<sup>74</sup> ve Avrupa Konseyinin Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi<sup>75</sup> ve Konsey bünyesinde kurulan Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) tavsiye kararlarının<sup>76</sup> etkili olduğu madde gerekçesinde belirtilmektedir.

Bunun yanı sıra madde 252’ye eklenen 10. fıkra ile rüşvet suçunun yurt dışında yabancı tarafından işlenmesi halinde rüşvet konusu işlemin Türkiye’nin, Türkiye’deki bir kamu kurumunun, Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisinin, Türk vatandaşının tarafı olduğu bir uyuşmazlık ya da bu kurum veya kişilerle ilgili olması halinde resen soruşturma ve kovuşturma yapılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereğince TCK m.12’de düzenlenen yabancı tarafından işlenen suçlarda aranan Adalet Bakanı’nın istemi veya suçtan zarar görenin şikayeti koşulları rüşvet suçunda aranmayacaktır.

---

<sup>73</sup> 4518 s. 01.02.2000 günlü Kanun. Sözleşme hakkında bkz. *Aykın Hasan/Avcı Şerife*, “OECD’nin Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi ve Türkiye’ye Yansımaları”, *Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi*, S.29, Mayıs, 2008, s.1vd.

<sup>74</sup> 5506 s. 18.05.2006 günlü Kanun.

<sup>75</sup> 5065 s. 14.01.2004 günlü Kanun.

<sup>76</sup> 6352 s. Kanun Madde Gerekçesi.

## X. Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık anlamında 6352 sayılı kanun esaslı değişiklikler yapmamış sadece TCK m.254'de eski düzenleme yer alan “**soruşturma başlamadan önce**” ifadesini “**durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce**” şeklinde değiştirmiştir. CMK m.2 gereğince **kanuna göre yetkili mercilerin** suç şüphesini öğrenmesiyle soruşturma evresi başlamış kabul edilir. Yeni düzenlemenin soruşturmadan söz etmeksizin “resmi makamların öğrenmesi” şeklinde daha geniş bir kavram kullanmasının etkin pişmanlık kurumunun uygulanmasını zaman yönünden sınırlandırabileceği söylenebilir. Bu durumda kamu görevlisinin çalıştığı kurumda bu rüşvetin açığa çıkması veya amirin bundan haberdar olması anı esas alınacaktır. TCK m.252'nin madde gerekçesinde değişiklikten önceki duruma ilişkin olarak “*Etkin pişmanlıktan yararlanılabilmesi için kamu görevlisi hakkında, idarî de olsa, herhangi bir soruşturmaya girililmemiş bulunulması gerekir.*” ifadesi yer almakta ancak bu değerlendirme doktrinde soruşturmadan anlaşılması gerekenin ceza soruşturması olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmekteydi<sup>77</sup>. Sonuçta rüşvet suçunun taraflarından birisinin kamu görevlisi olma zorunluluğunun olmaması bu düzenlemenin idari soruşturmayı da kapsayacak şekilde geniş yorumlamasını haksız kılmaktaydı. Ancak yapılan değişiklikle soruşturmadan söz edilmeden resmi makamların öğrenmesinden söz edilmesiyle birlikte kanunun lafzı gerekçeye uygun hale getirilmiştir.

## SONUÇ

Rüşvet suçunun yapısı parçalara ayrıldığında dört farklı unsurdan oluşur. Rüşvet vermek ve rüşvet almak şeklinde fail yönü itibariyle, basit rüşvet ve nitelikli rüşvet olarak da eylem yönü itibariyle sistematik bir ayırım yapılabilir. Bunların yasal zeminde düzenlenmesi ve soyut cezalarının belirlenmesi kanun koyucunun insiyatifindedir. 765 sayılı TCK rüşvet vermek ve rüşvet almak eylemlerini iki farklı maddede iki farklı suç şeklinde düzenler bir yapıyı esas almışken 5237 sayılı TCK rüşvet suçunu rüşvet vermek ve rüşvet almak eylemlerini de kapsayacak şekilde çok failli bir suç olarak düzenlemiştir. 765 sayılı TCK rüşvet suçunu basit rüşvet ve nitelikli rüşveti kapsayacak şekilde düzenlemişken 5237 sayılı TCK ilk şeklinde sadece nitelikli rüşveti esas almış, basit rüşveti görevi kötüye kullanma suçu kapsamında düzenlemiştir. 6352 sayılı Kanun ile TCK yapısal bir değişimle basit rüşveti tekrar rüşvet suçu kapsamına dahil etmiştir.

---

<sup>77</sup> *Toroslu, Özel Kısım, s.300.*

6352 sayılı yasa ile sadece rüşvet suçunda değil aynı zamanda irtikap, görevi kötüye kullanma ve nüfuz ticareti suçlarında önemli değişiklikler yapılmıştır ve bu durum yolsuzlukla mücadele anlamında devletin suç ve ceza politikasında bir değişimin göstergesidir. Bu değişim cezalandırmanın artırılması yönünde olmuştur zira basit rüşvet, görevi kötüye kullanma suçu kapsamından (m.257/3) çıkartılıp yeniden rüşvet suçu (m.252) kapsamına dahil edilmiş, irtikap suçuna ilişkin m.250/1'e yeni bir icbar karinesi eklenmiştir. Bu değişiklikler sadece cezalandırılmanın artırılması anlamında değil, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, erteleme ve soruşturma izni anlamında da suçun uygulama alanını genişletmiştir.

Basit rüşvetin olması gerektiği gibi görevi kötüye kullanma suçu kapsamından çıkartılması olumlu karşılanabilirken bunun hiçbir ayırım yapılmaksızın nitelikli rüşvetle aynı ceza aralığında düzenlenmiş olması eleştirilebilir. Halbuki nitelikli rüşvetin *haksızlık içeriği* basit rüşvete göre daha yoğundur. Kanun maddesinde yer alan soyut cezanın alt ve üst sınırları arasında bu ayırımın hakimnin takdirine bırakılmış olması, ceza hukukuna egemen ilkelerden *"işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmedilmesi"* prensibine aykırılığı ortadan kaldırmayacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle rüşvet vermek ve rüşvet almak eylemlerinin çok faili bir suç olarak rüşvet suçu kapsamında düzenlenmiş olması yerinde olmakla birlikte soyut ceza aralığı bakımından basit-nitelikli rüşvet ayırımının yapılmamış olması eleştirilebilir.

İcbar suretiyle irtikap suçuna eklenen yeni cümle özellikle irtikap suçu ile rüşvet suçunu birbirine biraz daha yakınlaştırmıştır. Menfaati temin eden bireyin cezalandırılıp cezalandırılmaması gibi önemli bir sonucu olan bu ayırımın yapılması anlamında uygulamada zorluk yaşanacağı muhakkaktır. Rüşvet veren kişinin çoğunlukla kendisini mecbur hissederek rüşvet vermesi bu ayırımı zorlaştıracak temel noktadır.

Rüşvet suçunun yapısına ilişkin diğer iki önemli değişim ise suça teşebbüs ve suça iştirak bahislerinde olmuştur. Rüşvet suçuna aracılık eden kişi de kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın müşterek fail olarak cezalandırılacaktır. Bu düzenleme, uygulamada ortaya çıkan tereddütleri gidermek amacıyla da yapılırsa, eylem üzerindeki *fonksiyonel hakimiyetinin azlığına* göre belki de yardım eden durumunda olabilecek bir kişiyi fail konumuna yükseltmesi nedeniyle eleştirilebilir. Suça teşebbüs anlamında da rüşvet teklif veya talebinin rüşvet alan veya rüşvet veren tarafından kabul edilmemesi hali, daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu durumda suça teşebbüse ilişkin TCK m.35'in uygulanabilme ihtimali uygulamada yaşanan tereddütü giderebilme gerekçesiyle ortadan kaldırılmıştır.

## KAYNAKÇA

- Artuk** Mehmet Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya** Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011.
- Artuk** Mehmet Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya** Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Artuk** Mehmet Emin, “Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2008, C.III, S.1.
- Arzt** Gunther/**Weber** Ulrich/**Heinrich** Bernd Heinrich/**Hilgendorf** Eric, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Bielefeld 2009.
- Aykın** Hasan/**Avcı** Şerife, “OECD’nin Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi ve Türkiye’ye Yansımaları”, Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi, Sayı : 29, Mayıs, 2008.
- Barutçu** Süleyman/**Aydemir** Muzaffer/**Barutçu** Esin, “Uluslararası Pazarlarda Rüşvet Sorunu: Denizli’de Faaliyet Gösteren İşletmelerde Bir Araştırma”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 14.
- Baytemir** Erdal, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu”, TBB Dergisi, Sayı188, 2010.
- Çaha** Havva, “Türkiye’de Yolsuzluk: Yapısal Boyutlar ve Uygulama”, Amme İdaresi Dergisi, C.42, S.1, Mart 2009.
- Dönmezer** Sulhi, “Suç Siyaseti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.52, S.1-4, 1986-1987.
- Eker Kazancı** Behiye, “Yolsuzluk Kavramı ve TCK’da Yolsuzlukla Mücadeleyi Amaçlayan Hükümler”, CHD, Y.3, S.6, Nisan 2008.
- Haft** Fritjof, Strafrecht Besonderer Teil II, München 2005.
- Haftzoğulları** Zeki/**Güngör** Devrim, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, TBBD, S.69, 2007.
- Heine** Günther, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, München 2010, §331, no.4/5.
- Jakobs** Günther, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, HRRS 3/2004.
- Jakobs** Günther, “Zur Theorie des Feindstrafrechts”, Rosenau/Kim (Hrsg.), Strafrecht und Strafgerechtigkeit, Frankfurt 2010.
- Krey** Volker/**Heinrich** Manfred, Strafrecht Besonderer Teil Band 1, Stuttgart 2008.
- Kindhäuser** Urs, Strafgesetzbuch Nomoskommentar, 4.Auflage, Baden Baden 2010.
- Küpper** Georg, Strafrecht Besondere Teil 1, 2.Auflage.

- Malkoç** İsmail, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/103.doc>, erişim: 31.03.2013.
- Mumcu** Ahmet, Osmanlı Devletinde Rüşvet, Özellikle Adli Rüşvet, AÜHF yayını, Ankara 1969.
- Okuyucu-Ergün** Güneş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, TBBD, S. 82, 2009.
- Önder** Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, İstanbul 1992.
- Önder** Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994.
- Özbek** Veli Özer/**Kanbur** Mehmet Nihat/**Doğan** Koray/**Bacaksız** Pınar/**Tepe** İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2012.
- Özen** Mustafa, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Ankara 2010.
- Özgenç** İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- Özgenç** İzzet, İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2013,
- Sancar** Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998.
- Schünemann Bernd**, “Die Unrechtsvereinbarung als Kern der Bestechungsdelikte nach dem KorrBekG”, in: FS. für Otto, 2007.
- Soyaslan** Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005.
- Sowada** Christoph, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 13: §§ 331-358.
- Şen** Ersan, “Bahşış alan memuru yakacak sistem”, <http://www.haber7.com/prof-dr-ersan-sen/haber/910444-bahsis-alan-memuru-yakacak-sistem>, Erişim 13.03.2013.
- Tezcan** Durmuş/**Erdem** Mustafa Ruhan /**Önok** Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2012.
- Tröndle** Herbert/**Fischer** Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2007.
- Toroslu** Nevzat, “Rüşvetin Nedenleri Üzerine Düşünceler”, Denetim, S.75, Y.1992.
- Toroslu** Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2008.
- Ünlü** Ufuk, “Son Değişiklik Kapsamında Rüşvet Suçu”, TBBD, Sayı 102, Eylül-Ekim.
- Üzülmez** İlhan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu, (TCK M.257)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, Y.2012, S.1.



# TÜRK HUKUK DEVRİMİNDEN SAPMALAR KESTİRİLEMEZ BOYUTTADIR

*Hasan DURSUN\**

## GİRİŞ

Belirli bir ülkedeki kanunlaştırma hareketinin güdüsü, o ülkede izlenen hukuk siyasetine göre ya “tutucu” (muhafazakâr) ya da devrimci (inkılâpçı) bir nitelik taşır.<sup>1</sup> Tutucu güdüyle yapılan kanunlaştırma hareketinin ereği, ülkenin değişik yerlerinde o zamana kadar örf ve âdet hukuku biçiminde dağınık olarak bulunan ve uygulanan kuralları birleştirmek; dizgeleştirmek ve ülkenin tümünde yürürlüğe koymaktır. Bu takdirde, dizgeleştirilmiş olsa da yapılan kanunlaştırma; dağınık, ancak önceden mevcut hukuk kurallarının korunmasını arzu ettiği için tutucu güdüyle yapılmış sayılır. Bu ölçüde göre Almanya ve İsviçre’de yapılan kanunlaştırmalar ile Osmanlı İmparatorluğunda Ahmet Cevdet Paşanın başkanı olduğu bir komisyonca hazırlanıp yürürlüğe konulan ve fıkıf esasına dayanan “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye” adlı kanunname tutucu güdüyle yapılmış kanunlaştırmaların örnekleridir.<sup>2</sup>

Kanunlaştırma hareketinin amacı, o ülkede uygulanan ve artık çağcıl gereksinimlere uymayan, eskimiş, yetersiz hukuk kurallarının yerine daha yeni ve çağcıl bir hukuk sisteminin konulması ise yapılan kanunlaştırma devrimci güdüyle yapılmış olan bir kanunlaştırmadır. Devrimci güdüyle yapılan kanunlaştırmalarda, eski hukuk ile ilişki kesilir, o ülkedeki hukuk dizgesi, toplum ve kültür alanında daha ileri bir aşamaya ulaşabilmek için yeni kurallarla donatılır. Bu tür kanunlaştırmalara, Fransız Medeni Kanunu ile bir ölçüde Türkiye’de Cumhuriyetten sonra yapılan kanunlaştırmalar örnek olarak gösterilebilir.<sup>3</sup>

---

\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Doktora Öğrencisi.

Hocam, öğrenciniz Hasan DURSUN özgürlükçü ceza hukukunu bir gün mutlaka gerçekleştirecektir. Bu konuda en küçük bir kuşkunuz olmasın.

<sup>1</sup> Edis, S. Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, AÜHFY No: 473, Ankara 1983, s. 46.

<sup>2</sup> Edis, s. 46.

<sup>3</sup> Edis, s. 47.

Devrimci güdüyle yapılan kanunlaştırmalarda iki yöntem uygulanır. Bunlar; hukuku yaratma ve iktibas yöntemleridir. Bunlardan ilkini oluşturan hukuku bizzat yaratma yöntemine göre, kanunlaştırma hareketine giren ülke, toplumun yapısını ve gereksinimlerini gözünde tutarak o ülkede uygulanacak hukuk kurallarını bizzat kendisi yapar. Kısacası, kendi hukukunu yine kendisi yaratır. Bunun temel örneğini Fransız Medeni Kanunu oluşturur.<sup>4</sup>

Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında kanunlaştırmaların hukuk yaratma yoluyla yapılması tasarlanmıştı. Gerçekten de, Cumhuriyet döneminde eski hukukun benimsenmesi uygun ve olanaklı olmamasına<sup>5</sup> karşın, yine de bu yolda bir deneme yapılarak mevcut hukuk dizgesinin yenilenmesi ve çağcılaştırılması için 1923 yılında Adliye Bakanlığı tarafından kurulan komisyonlara yürürlükte bulunan kanunların elden geçirilerek değiştirilmesi görevi verilmişti.<sup>6</sup> Ancak, komisyonların çalışma yöntemlerini ve zihniyetlerini bir türlü değiştirmemesi üzerine, Adliye Bakanı M. Esat Bozkurt, her iki komisyon önünde yaptığı bir konuşma ile komisyonların görevlerine son vermiştir.<sup>7</sup> Bozkurt, komisyonların görevine son verirken yaptığı konuşmada; Türk devriminin kararının, batı medeniyetini kayıtsız koşulsuz kendisine mal etmek, benimsemek olduğunu, bu kararın, kesin bir arzuya dayandığını, bunun önüne çıkacakların demirle, ateşle yok edilmeye mahkûm olduklarını, bu çerçevede kanunların olduğu gibi Batıdan alınmasının zorunlu olduğunu, böylelikle Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olunacağını ifade ederek<sup>8</sup> kanunlaştırmada az sonra anlatılacak olan iktibas yönteminden başka bir yolun kalmadığını vurgulamıştır.

Devrimci yolla yapılan kanunlaştırmada ikinci yöntem olan iktibas yöntemine göre, kanunlaştırma hareketine giren ülke, yabancı bir ülkenin hukukunu aynen veya çok az değişikliklerle kendi ülkesinde yürürlüğe koyar. Buna, iktibas (reception) yöntemi denilir. Roma hukukunun bir zamanlar Almanya tarafından benimsenmesi, İsviçre Medeni Kanununun Türkiye tarafından iktibas edilmesi bu tür kanunlaştırmaların örneğidir.<sup>9</sup>

Türkiye Cumhuriyetinde girişilen kanunlaştırma hareketinin öncül konumunda bulunan İsviçre Medeni Kanunu, borçlara ilişkin bölümüyle

---

<sup>4</sup> Edis, s. 48.

<sup>5</sup> Cumhuriyet döneminden önceki hukukun sakıncaları konusunda bilgi için bkz. Bozkurt, G. Atatürk'ün Hukuk Alanında Getirdikleri, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt VIII, Sayı: 22, Kasım 1991, s. 48.

<sup>6</sup> Bozkurt, s. 49.

<sup>7</sup> Akipek, J. Türk Medeni Hukuku Cilt I Cüz I, AÜHFY No. 314, Ankara 1966, s. 44.

<sup>8</sup> Bozkurt, s. 49.

<sup>9</sup> Edis, s. 48.



birlikte uzman bir kurulca Türkçe'ye çevrilerek iki tasarı şeklinde 16 ve 22 Nisan 1926 tarihlerinde TBMM tarafından kabul edilmiş ve 4 Kasım 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>10</sup> Medeni Hukukun başarı ile değiştirilmesi ve uygulanmasını diğer alanlardaki yenilikler izlemiş, bu bağlamda, 29.5.1926 tarih ve 865 sayılı Kanunla Ticaret Kanunu değiştirilerek çağcılaştırılmış, ceza hukuku alanında en demokratik ve liberal bir eser olan İtalyan Ceza Kanunu 1.3.1926 tarih ve 765 sayılı Kanunla adapte edilerek yürürlüğe sokulmuş, 1920'li yılların sonlarına doğru ise, ceza yargılama usulü Almanya'dan, hukuk yargılama usulü İsviçre'nin Neuchâtel Kantonundan, icra ve iflas usulleri ise İsviçre'den alınmıştır. Böylelikle hukukun ana dallarındaki bütün kanunlar çağcıl bir şekilde yenilenmiştir.<sup>11</sup>

Cumhuriyet döneminde devrimci ve iktibas yöntemiyle yapılan kanunlaştırmaların, bir başka deyişle, yapılan hukuk devriminin kanımızca üç ereği bulunmaktadır. Bunlar; laiklik ile hukuk devleti ilkelerinin etkin bir şekilde yaşama geçirilmesi ve yargının bağımsızlığının tam olarak sağlanmasıdır. Bu erekların üzerinde biraz daha durmak uygun olacaktır.

Cumhuriyetten önce Türk hukuk dizgesi temel olarak din kurallarına dayanmaktaydı. Ancak, dini esaslara göre düzenlenen hukuk kurallarının değişiklik kabul etmeyeceği anlayışının benimsenmesi ve toplumun değişik ve farklı gereksinimlerinin karşılanmasında büyük güçlüklerle karşılaşılması yüzünden<sup>12</sup> Atatürk'ün, hukuk devriminde temel alınan ve en fazla önem verilen husus lâiklik olmuştur. Laiklik ilkesinin kabulüyle Türk hukuku dinsel kimliğinden sıyrılmış, laikliğin temelini oluşturan akılcılık (rasyonalizm) ilkesine dayalı olarak Türk hukuku, "durağan" (static) bir yapıdan kurtularak "devingen" (dynamic) bir nitelik göstermiştir. Hukuk tarihi bakımından bunu tam olarak gerçekleştiren tek Müslüman toplum Türk toplumdur ve bunu da Atatürk'e borçludur. Gerçekten de Osmanlı İmparatorluğunda Tanzimattan sonra kısmen Batı hukuku benimsenmesine<sup>13</sup> rağmen çoklu bir hukuk yapısından kurtulunamamasının temel nedenini, lâiklik ilkesinin benimsenmeyişi oluşturur. Türkiye Cumhuriyeti lâiklik prensibini benimseyerek hukuktaki sonsuz çelişkiden kendisini kurtarabildiğini bilmiştir.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Mumcu, A. Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi, Üçüncü Baskı, AÜHFY No.352, Ankara 1974, s. 157.

<sup>11</sup> Krş. Mumcu, s. 158.

<sup>12</sup> Tüzün, N. Atatürk İlkelerinde Laiklik, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt IV, Sayı: 10, Kasım 1987, s. 31.

<sup>13</sup> Örneğin, esaslı büyük ölçüde 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununa dayanan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi.

<sup>14</sup> Bozkurt, s. 51.

Atatürk'ün gerçekleştirdiği hukuk devriminin bir başka temel yönü “hukuk devleti” ilkesini bütünüyle yaşama geçirebilmektir. Gerçekten de teokratik devletten farklı olarak hukuk devletinde devlet de yurttaş kadar hukuka saygılı ve ona bağlıdır. Devlet yönetiminde keyfilik değil, hukuka uygunluk vardır. Bu çerçevede, bir hukuk devletinde, İdarenin faaliyetlerinin kanuna uygunluğu etkin bir şekilde denetlenmekte ve yurttaşın İdare karşısındaki hak ve özgürlükleri korunmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti yurttaşının bu konudaki en büyük güvencesi, Cumhuriyetle birlikte geçilen<sup>15</sup> yeni hukuk düzenidir.<sup>16</sup>

Atatürk döneminde yapılan hukuk devriminin bir diğer esası, yargının tam olarak bağımsızlığını sağlamaktır.<sup>17</sup> Büyük önder, yargının bağımsızlığına büyük bir önem vermiş, bu bağımsızlığın hem dış hem de iç müdahalelere karşı olması gerektiğini savunmuştur. Her şeyden önce, Atatürk, yargıya dışarıdan gelen müdahalelere karşı sert ve kararlı bir tavır takınmıştır. Örneğin, 19 Ocak 1923 tarihinde İzmit'te yaptığı konuşmada; hiç bir zaman, bağımsızlığın temel direği olan adalet dağıtımında kesinlikle yabancı bir parmağın bulundurulmayacağını ifade etmiş,<sup>18</sup> 22 Ocak 1923 tarihinde Bursa'da yaptığı bir konuşmada ise Türkiye'de adli kapitülasyonların bulunmasının gaflet ve bilgisizlik sonucu olduğunu, Türkiye'nin Kurtuluş Savaşını “utku” (zafer) ile taçlandırmasına rağmen yabancıların adli kapitülasyonları kaldırmaya yanaşmadıklarını, adalete dışarıdan müdahalelerin asla kabul edilmeyeceğini, adli kapitülasyonların, oldukça güçlü ve ateşli bir zincir halinde Türk'lerin boynuna geçirildiğini, ancak bunun atılacağını, önemli olan şeyin bunun tekrar boynumuza geçirilmemesi olduğunu ifade etmiştir.<sup>19</sup> Nitekim kapitülasyonları kaldıran Lozan Barış Antlaşmasıyla Türkiye Cumhuriyeti siyasal, ekonomik ve mali bağımsızlığının yanı sıra yargısal bağımsızlığa da kavuşmuş ve egemen bir devletin en doğal hakkı olan yargı gücü de hukuk devrimiyle teminat altına alınmıştır. Bu bağlamda Atatürk; bir devletin yargı yetkisinin

---

<sup>15</sup> Aslında, Atatürk, daha Cumhuriyete geçilmeden olağanüstü koşulların hüküm sürdüğü Ulusal Kurtuluş Savaşı döneminde bile hukuka saygı ve bağlılık esasından, bir başka deyişle, hukuk devleti ilkesinden hiç bir zaman sapmamıştır. Erzurum Kongresinin yapıldığı sıralarda Cevat Dursunoğlu'nun naklettiği anısdan Atatürk'ün hukuka bağlılığını ve saygısını gösteren muhteşem bir örnek için bkz. Atatürk ve Hukuk (Derleyenler; Ender Tiftikçi ve Mehmet Tiftikçi), Yargıtay Yayınları No: 27, Ankara 1999, s. 201.

<sup>16</sup> Bozkurt, s. 52.

<sup>17</sup> Gerçi, aşağıda anlatılacağı üzere yargının tam olarak bağımsızlığını sağlamak hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Ancak, Atatürk, mahkemelerin bağımsızlığına özel bir itina gösterdiğinden bu ilkeyi ayrı bir şekilde incelemeyi uygun görmekteyiz.

<sup>18</sup> Bkz. Atatürk ve Hukuk, s. 101.

<sup>19</sup> Bkz. Atatürk ve Hukuk, s. 105.

bağımsızlığının birinci şartı olduğunu, adalet erki bağımsız olmayan bir milletin devlet olarak varlığının kabul olunamayacağını ifade etmiştir.<sup>20</sup>

Atatürk'ün mahkemelerin bağımsızlığı bakımından önem verdiği bir başka temel husus, mahkemelerin içsel erklerin müdahalelerine karşı da bağımsızlık kazanmasıdır. Atatürk 1931 yılında Anadolu'ya yaptığı seyahat sonunda hazırladığı bir notta; 1924 Anayasası bakımından adli bağımsızlığın, mahkemelere ait bir nitelik olarak yer aldığını, yargı yetkisinin, millet adına kanunlar ve usuller çerçevesinde bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağını, Adalet Bakanının, yürütme yetkisini bünyesinde bulunduran hükümetin bir unsuru olduğunu, valinin, her bakan gibi Adalet Bakanını da temsil edeceğini, ancak, valinin, adalet teşkilatı üzerinde, Adalet Bakanının sahip olduğu yetkiyi kullanırken, dokunulmazlığı gerekli ve doğal bulunan mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlık esası ile hiç bir çelişki meydana getirmemesi gerektiğini yazmıştır.<sup>21</sup> Görüldüğü üzere, Atatürk, doğru bir şekilde, mahkemelerin bağımsızlığının onların diğer organlardan soyutlanması anlamını taşımadığını, ancak, yargı dışındaki erklerin özellikle yürütme erkinin mahkemelerle ilişkilerinde yargının bağımsızlığı ilkesine mutlak bir saygı gösterilmesi esasını benimsemiştir.<sup>22</sup>

Yukarıda da ayrıntılı olarak belirtildiği üzere Atatürk devrinde yapılan hukuk devrimi; laiklik ile hukuk devleti ilkelerini bütünüyle yaşama geçirebilmek ve yargının tam bağımsızlığını sağlamayı ereklemiştir. Ancak, bu hedefler, çok partili yaşama geçilen 1950 yılından itibaren erozyona uğratılmaya başlamış, liberalizmin egemen olduğu 1980'li yıllar ile küreselleşme akımının benimsendiği 1990'lı yıllardan itibaren bu aşınma daha da genişlemiş ve derinleşmiştir. Aşağıda, hukuk devriminden sapmalar, bahsedilen temel direkler temelindeki incelenecektir.

## I- LAİKLİK İLKESİNDEN SAPMALAR

Yukarıda belirtildiği üzere Türk hukuk devriminin temel karakteristik niteliğini laiklik ilkesi oluşturur. Gerçekten de Mustafa Kemal, her şeyden önce, devleti düzenini laik temeller üzerine kurarak geçmişte bütün ileri atılımları çelmeleyen, köstekleyen veya durduran engelleri tamamen ortadan kaldırmak istemiştir. Türk toplumuna çağdaş uygarlık noktasını açmak bakımından kilit bir konumda bulunan laiklik ilkesi, bütün devrimlerin ruhu

<sup>20</sup> Bkz. Bozkurt, s. 52 ve dip not 16.

<sup>21</sup> Atatürk ve Hukuk, s. 181.

<sup>22</sup> Ayrıca, Atatürk; adaletin bir devletin esası olduğunu, mahkemelerin sözde değil gerçekten tarafsızlığının sağlamanın her işin başında bulunması gerektiğini de ifade etmiştir. Bkz., Atatürk ve Hukuk, s. 210.

ve dayanak noktasını oluşturmuştur.<sup>23</sup> Hukuk devriminin bu niteliğine rağmen en fazla sapmalar laiklik temelinde görülmektedir. Şimdi, bunları teker teker incelemek uygun olacaktır.

### **1- Devrim Kanunlarının Uygulanmaması ve 3 Mart 1924 Tarih ve 431 sayılı Kanunun Yürürlükten Kaldırılması**

Anayasanın 174. maddesinde devrim kanunlarına diğer kanunlardan daha farklı bir statü tanınarak, Anayasanın hiçbir hükmünün, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden devrim kanunlarının,<sup>24</sup> Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılacağı ve yorumlanmayacağı ifade edilmiştir. Bu hükmün anlamı, söz konusu kanunların, Anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülememesidir.<sup>25</sup> Hatta bu kanunların değiştirilmesi bile neredeyse olanaksızdır. Gerçekten de Anayasa, devrim kanunlarının yasama organınca değiştirilmesini yasaklamasa da bunları değiştiren bir kanunun, Anayasanın laiklik ilkesine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi olasılığı oldukça büyüktür.<sup>26</sup>

Ancak, laiklik ilkesini yaşama geçirebilme açısından yaşamsal bir önem taşıyan bu kanunların Anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülememesi, değiştirilememesi, hatta 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 222. maddesinde devrim kanunlarından olan, Şapka İktisası Hakkındaki Kanun ile Türk Harflerinin Kabul ve Tatbikine Dair

<sup>23</sup> Kapani, M. İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Yenilenmiş Üçüncü Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara 1996, s. 133-134.

<sup>24</sup> Bu kanunlar; 3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu, 25 Teşrisani 1925 tarih ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun, 30 Teşrisani 1925 tarih ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Ünvanların Men ve İlgasına Dair Kanun, 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile aynı kanunun 110. maddesi hükmü (medeni nikâh yapılmadan dini nikâhın yapılamayacağı ile ilgili bu maddenin numarası, 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda "143" olarak saptanmıştır), 20 Mayıs 1928 tarih ve 1288 sayılı Beynelminel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun, 1 Teşrinisâni 1928 tarih ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun, 25 Teşrisani 1934 tarih ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lâkap ve Ünvanların Kaldırıldığına Dair Kanun, 3 Kânunuevvel 1934 tarih ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun dur.

<sup>25</sup> Soysal'ın daha açık bir anlatımıyla; başka bütün yasaları Anayasaya aykırılık noktasından yorumlayıp iptal etmekte tam anlamıyla serbest olan Anayasa Mahkemesinin "devrim kanunları" denilen yasalar konusunda böyle bir yetkisi yoktur. Anayasa hukukundaki deyimle, "yorum yetkisinin sınırlanması" söz konusu olmaktadır. Bkz. Soysal, M. 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1987, s. 265.

<sup>26</sup> Özbudun, E. Türk Anayasa Hukuku, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1988, s. 68.

Kanunun koyduğu yasak veya zorunluluklara aykırı hareket edenlerin cezalandırılacağına hükme bağlanması,<sup>27</sup> kanımızca pek fazla önem taşımamaktadır. Önemli olan husus, laikliğin yerleşebilmesi bakımından bu kanunların uygulamaya geçirilmesidir. Günümüzde bu kanunlar yaygın bir şekilde ihlal edilmesine rağmen ne TCK'da ne de söz konusu kanunların bünyesinde gösterilen yaptırımlar uygulanabilmektedir. Örneğin, 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerin, Türbelerine Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Ünvanların Men ve İlgasına Dair Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrası; şeyhlik, dervişlik, *müritlek*, halifelik ve fıkrada sayılan diğer ünvanların kullanılmasını yasak etmesine karşın, bıraksınız bu ünvanların kullanılmasının yasak olmasını, günümüzde bir kamu görevine girebilmek veya yükselebilmek için bir tarikat ve/veya cemaatin *müridi* olmak artık bir değer haline gelmiştir.

Günümüzde, laikliği korumayı amaçlayan devrim kanunlarının uygulanmaması yüzünden bu kanunlar sembolik bir değer konumuna indirgenmiştir. Daha da vahim olan husus ise 431 sayılı devrim kanununa bu sembolik değer bile çok görülerek onun ortadan kaldırılması olmuştur. Gerçekten de 3.3.1340 (1924) tarih ve 431 sayılı Hilafetin İlgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanunun 1. maddesinde; mevcut halifenin azledildiği, aslında hilafetin Hükümet ve Cumhuriyet anlam ve kavramında mündemiç (=saklı) olduğundan hilafet makamının mülga olduğu ifade edilmiştir. Halifeliği kaldırarak laik devlet düzenine geçmek bakımından yaşamsal bir önem taşıyan bu kanunla sosyal yaşam ve ilişkilerin dinsel kurallardan

---

<sup>27</sup> 5237 sayılı Kanun Taslağının Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen metninde, bu iki devrim kanununun dışında, Anayasanın 174. maddesinde inkılâp kanunları arasında sayılan 3.12.1934 tarih ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun'a aykırılıklar da madde kapsamına alınmıştı. Bu metin uzun tartışmalardan sonra, Adalet Komisyonu tarafından da benimsenmişti. Ancak maddenin 16.9.2004 tarihinde Genel Kurulda görüşülmesi sırasında AKP ve CHP'ne mensup milletvekilleri arasında varılan uzlaşma üzerine verilen isabetsiz (Çünkü mevcut durumda 2596 sayılı Kanunun yaptırımı bulunmamakta, teknik ve hukuki bir deyişle, bu kanun "lex imperfectia" 'yaptırımsız norm' konumunda bulunmaktadır) bir önerge ile 765 sayılı TCK'nun 526. maddesinin 2. fıkrası doğrultusunda hazırlanan yeni metin bugünkü şekliyle kabul edilmiştir. Bkz. Demirağ, F. Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu, 2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2007, s. 339. Bundan daha vahim olan husus ise, devrim yasalarında yer alan çağcılılaşma fikrini yansıtmada önemli bir yer sahibi olan, dini sıfatı olmayanların açıktan açığa dini elbiseyi giymelerini cezalandıran 765 sayılı TCK'nun 253. maddenin 5237 sayılı TCK'na alınmamasıdır. Bunun yüzünden günümüzde anakentlerin en işlek yerlerinde bile dinsel bir sıfatı olmayan kimselerin dini kıyafet taşınması olgusuna rastlanılmaktadır. Gerçi, yürürlükte bulunduğu dönemde de 765 sayılı TCK'nun 253. maddesinin yaygın bir şekilde ihlal edildiğini savlayabilmek olanaklıdır. Ancak, bu olgunun, önceden, günümüzdeki boyutu ölçüsünde yüksek olduğu söylenemez.

arındırılması ve bu yaşam ve ilişkilerin Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından konulacak normlarla düzenlenmesi ve bu normların TBMM tarafından oluşturulacak hükümet (=icra) tarafından uygulanması öngörülmüştü. 431 sayılı Kanunun bu kadar önemi büyük olmasına karşın ona 1961 ve 1982 Anayasalarında inkılâp (=devrim) yasaları arasında yer verilmemiş ve daha da ileri gidilerek 27.10.1988 tarih ve 3488 sayılı Kanunla uygulama olanağı kalmamış olduğu gerekçesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak Günday'ın isabetli olarak belirttiği üzere, laikliğin yalın ve basit bir tanımını veren 431 sayılı Kanuna devrim kanunları arasında yer verilmemesini ve bundan da öte bu kanunun ortadan kaldırılmasını anlamaya olanak yoktur. Yazar, gerçi, gerek 1961 Anayasası (md. 154) gerekse 1982 Anayasasında (md. 136) Diyanet İşleri Başkanlığının genel idare içerisinde düzenlenmiş ve özel kanununda gösterilen görevleri yerine getireceğinin öngörülmüş olmasıyla 431 sayılı Kanunun bir yönden uygulama olanağının kalmadığının söylenebileceğini, ancak bu kanunun halifeliğin kaldırılmasına eş anlı olarak gündelik yaşamı ve ilişkileri düzenleyen normların TBMM tarafından konulması ve Hükümetçe uygulanmasını ve böylelikle gündelik yaşamın ve ilişkilerin dinsel kurallardan arındırılmasını öngörmekle, Cumhuriyetin temel niteliği olan laikliği belirleyen bir kanun olduğunu, bu kanunun, devrim kanunları arasında sayılıp yürürlükten kaldırılmamış olsaydı en azından, günümüzde laikliğin soyut, tanımsız ve belirsiz bir kavram olduğu şeklinde kimi çevrelerce ortaya atılan savların bütünüyle dayanaksız kalacağını ifade etmektedir.<sup>28</sup>

## 2- Medeni Hukuk Bakımından Görülen Sapmalar

11 Eylül 1924 tarihinde 26 hukukçudan oluşan bir komisyonun, İsviçre Medeni Kanununun Türk gereksinimlerine uyarlamak göreviyle işe koyulması ve tamamlanan Medeni Kanunun 17 Şubat 1926 tarihinde Meclis tarafından oylanarak 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmesi,<sup>29</sup> kanımızca, basit bir iktibas olayı değildir. Bu olay, Türk hukukunun eski hukukla bağıntısını kesmede ve çağcıl hukuka kapı aralamada en önemli bir kilometre taşı oluşturmaktadır. Nitekim Atatürk de 5 Kasım 1925 tarihinde Ankara Hukuk Fakültesini açarken yaptığı konuşmada, eski hukukla herhangi bir bağın kalmayacağını açıkça belirtmiştir. Gerçekten de bu konuşmasında Atatürk; büsbütün yeni yasalar düzenleyerek eski hukukun ilkelerinin temelinden kazımaya girişildiğini, yeni hukuk ilkeleriyle

<sup>28</sup> Günday, M. İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004, s. 54-55 dip not 9.

<sup>29</sup> Lewis, B. Modern Türkiye'nin Doğuşu (Çeviren; Metin Kıratlı), 10. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2007, s. 271.

alfabesinden okuyacak yeni bir hukuk kuşağı yetiştirmek için bu okulu açtıklarını belirtmiştir.<sup>30</sup>

Medeni Kanunun kabul edilmesinin Türkiye'nin gelişmesi bakımından önemi üzerinde ne kadar durulsa azdır. Gerçekten de Tanzimat ve Genç Türk rejimleri altında, daha önceden birçok hukuk reformları yapılmış ve özellikle idare, ticaret ve ceza hukuku alanlarında şeriatın çok sayıda hükmü "zımnen" (örtülü olarak) kaldırılmıştı. Ancak şimdi ilk defa Medeni Kanunla şeriat bilginlerinin dokunulmaz tekel alanı olan ailevi ve dini yaşamın mahremiyetine girmeye hem de açıktan açığa cesaret edilmiştir. Türk Medeni Kanununun kabul edilmesiyle çok eşlilik, talak ve kadın özgürlük ve vakarına karşı diğer bütün engeller kaldırılmış, onların yerine her iki taraf için de eşit hak ve koşullarla medeni evlilik ve boşanma gelmiş, eski hukukun tersine, Müslüman bir kadının Müslüman olmayan bir erkekle evlenmesi kanunen olanaklı kılınmış ve bütün erginlere arzularına göre dinlerini değiştirmek yasal hakkı verilmiştir.<sup>31</sup>

Ancak, İsviçre Medeni Kanununun TBMM tarafından kabulü, Türkiye'yi bir gece içerisinde bir Orta Doğu İsviçre'si haline getirmemiştir. Daha açık bir deyişle, ana kara ve demiryollarına yakın kasaba ve köylerde yeni Medeni Kanunun çoğunlukla uygulanmasına karşın, ülkenin geri kalanını oluşturan sayısız köylerde eski uygulamalar yaşamaya devam etmiş, Kanun, kadınlara yeni ve geniş haklar verilmesine karşın onları kocalarına, babalarına ve kardeşlerine karşı kullanmaya cesaret eden veya bunu isteyen pek az köylü kadını bulunmuştur. Taşra kentlerinde bile çok karılılık kalkmış olmakla birlikte, Batılılaşmamış sınıfların kadınları uzun süre, kendi statülerindeki gerçek gelişmeden pek az yararlanmışlardır.<sup>32</sup> Görüldüğü üzere, Medeni Kanunun öngördüğü laik dizge uygulamaya pek fazla yansımamıştır.<sup>33</sup> Medeni hukukun öngördüğü laik dizgeye<sup>34</sup> bu hukukun

---

<sup>30</sup> Atatürk ve Hukuk, s. 143. Bundan başka, Atatürk, 1 Mart 1924 tarihinde, Meclisin II. Dönem 1. Toplanma Yılıni açarken yaptığı konuşmada önemli olan hususun, adalet anlayışının, kanunlarının ve kuruluşlarını bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde etkisi altında tutan ve çağcıl görüşlere uygun olmayan bağlardan kurtarmak olduğunu, Türk ulusunun, her uygar ülkede görülen ilerlemelerin, Türkiye'nin gereksinimlerini karşılayacak uygulamalarını görmek istediğini, ulusun istemlerine ve gereksinimlerine uyarak adliye de her türlü eski etkiden korkusuzca silkinmekten ve hızlı ilerlemelere atılmaktan geri kalmamak zorunluluğunun bulunduğunu, medeni hukukta, aile hukukunda yürünecek yolun ancak uygarlık yolu olduğu, hukukta işi oluruna bağlamanın, eski masalımsı göreneklere bağlı kalmanın ulusları uyanmaktan alıkoyan en ağır bir kâbus olduğunu, ancak, Türk milletinin üzerine kâbus çökmesine izin vermeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Atatürk ve Hukuk, s. 122.

<sup>31</sup> Lewis, s. 271-272.

<sup>32</sup> Lewis, s. 272.

<sup>33</sup> Hatta bazı yabancı yazarlar, Medeni Kanunla yapılan hukuk devriminin fiili bir yenilik getiremediğini ileri sürmüştür. Nitekim Paul Stirling adlı bir yazar, üç yıl kadar Kayseri

dalları itibarıyla temas etmek ve bundan sapmaları göstermek uygun olacaktır.

#### **a- Kişiler Hukuku Bakımından**

Eski hukukta olduğunun tersine, günümüzde, Türk Medeni hukukunda kadın-erkek eşitliği benimsenmiştir. Bu bağlamda, medeni haklardan yararlanma, medeni hakları kullanma ile ilgili kurallarda, kanuni mirasçılık, evlilik birliği, boşanma, velayet gibi kurumlarda, kural olarak eşitlik ilkesinden hareket edilmektedir. Ancak, bu eşitlik kâğıt üzerinde kalmakta olup kadının erkek derece ve seviyesinde haklarını kullanması neredeyse olanaksızdır. Bundan başka, günümüzde kadın, hukuken olmasa bile fiilin yoğun bir şekilde cinsiyet ayırımına maruz bulunmaktadır.

#### **b- Aile Hukuku Bakımından**

Mustafa Kemal aile hukuku bakımından eski hukukla irtibatı kesmek bakımından son derece kararlı görünmüştür. Nitekim 1924 yılı başlarında Adalet Bakanı Seyyid, geliştirilmiş bir şekil içerisinde 1917 yılının Aile Hukuku Kararnamesinin yeniden kabulünün uygun olacağını teklif etmiş, ancak Mustafa Kemal böyle bir kanuna ilgi göstermemiştir. Bundan da öte Atatürk 'Dumrupınar'da 30 Ağustos 1924 tarihinde yapmış olduğu bir konuşmada; aile hukukunun çağcıl olmasının önemi üzerinde durmuştur.<sup>35</sup> Bu önem üzerinden hareket edilerek, eski aile tipine oranla günümüz medeni hukuku tarafından yeni ve çağcıl gereklere uygun bir aile tipi ve anlayışı getirilmiş, bu bağlamda, evlenmede şekil şartları, asli şartlar konusunda öngörülen kurallar, evlilik birliğinin genel hükümleri, velayet kurumu, hep yeni bir aile tipini yaratma ereğine yönelmiştir.<sup>36</sup> Burada laik ilişkilere göre düzenlenen aile hukuki ilişkileri ile bundan sapmalar üzerinde durulması uygun olacaktır.

Aile hukuku ilişkisinin laik ilkelere düzenlenmesi bakımından temel ilkelere birisi, evlilik birliğinin kuruluşunda asli unsuru olarak dini nikâhın terk edilmesi, bir başka deyişle, geçerlilik şartı olmaktan çıkartılması ve bu bağlamda, medeni hükümlere göre evlenmiş olmanın evliliğin geçerli olması için yeterli kılınması, ayrıca erkeğin, tek taraflı boşanma hakkının bulunmamasıdır.

---

yakınında bir köyde yaşamış, toprak mülkiyeti, miras ve evlenme hususlarında fiili durumun, Medeni Kanunun getirdiği esaslara uymadığını belirtmiştir. Bkz. İslam, N. L. Hukuk Reformu ve Stratejisi Üzerinde Genel Görüşler, Türkiye Barolar Birliğinin Düzenlediği Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğ, Ankara 1971 (Ayrı Bası), s. 15.

<sup>34</sup> 17 Şubat 1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yerini alan 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda da özdeş laik esasların tümü benimsenmiştir.

<sup>35</sup> Bkz. Lewis, s. 271.

<sup>36</sup> Edis, s. 42.



Aile hukuku ilişkisinin laik ilkelere düzenlenmesi bakımından göz önüne alınması gereken bir başka temel ilke, “çok eşliliğin” (taaddüdü zevcat) yasaklanmış olmasıdır. Tek eşlilik esası kamu düzeninin bir gereğidir ve bu bağlamda bir Türk yabancı ülkede birden fazla eşle evlense bile bu evlilikler geçerli bir evlilik olarak kabul edilemez. Yine birden fazla evlilik, 5237 sayılı TCK’nın 230. maddesinde suç olarak kabul edilmiştir.

Türk Medeni Kanunuyla medeni nikâhtan önce dini nikâh yaptırılmasının yasaklanması, sadece medeni nikâhın evlenmenin geçerli koşulu kılınması ve tek eşlilik esasının kabul edilmesi ve Türk Ceza Kanununda “çok kadınla evliliğin”<sup>37</sup> suç haline getirilmesinin pek fazla bir anlamı bulunmamaktadır.<sup>38</sup> Bir kere, Türkiye’nin feodal yapının kırılmadığı Doğu bölgelerinden Batı bölgelerine doğru gittikçe azalsa da yüksek miktarda yalnızca imam nikâhı ile evlenme oranlarına rastlanılmaktadır. Gerçi 1974 öncesinde gerçekleştirilen evliliklerin yaklaşık %35’i yalnızca imam nikâhı ile başlarken, 1999-2003 döneminde gerçekleştirilen evliliklerin sadece %13’ü imam nikâhı ile başlamış olsa da<sup>39</sup> bu oranları düşük olarak kabul etmek olanaksızdır. Nitekim TBMM Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu bünyesinde “geleneksel evlilikleri” araştırmak amacıyla oluşturulan alt komisyona 2012 yılı başlarında sunulan bir raporda Türkiye’de 186.782 kadının kumasının bulunduğu saptanmıştır.<sup>40</sup> Hatta iş o kadar vahim boyutlara ulaşmıştır ki günümüzde yoğun bir şekilde yurt dışından da “kuma” getirme olaylarıyla karşılaşılmaktadır. Örneğin, kimisi “modaya uydum” diyerek, kimisi, “gelenek” kavramının arkasına sığınarak, kimisi ise bu işi erkekliğin şanına kadar götürerek Urfa’nın evli erkeleri Suriye’den kuma getirme yoluna gitmekte,<sup>41</sup> ayrıca, kuma, yurtdışından, internet aracılığıyla da temin edilmektedir. Örneğin, Mardin Kızıltepe’ye bağlı 4 bin nüfuslu Gökçe beldesinde yaşayan Arap kökenli evli bazı erkeklerin internet aracılığıyla tanıştığı Faslı Kadınları kuma getirmeleriyle başlayan akın, 2010 yılında da devam etmiş, beldede tek olan

<sup>37</sup> Poligüni.

<sup>38</sup> Zira az sonra anlatılacağı üzere Türkiye’de yaklaşık 370.000 kadın kumasiyle birlikte yaşarken TCK’nın 230. maddesi kapsamında açılan davaların neredeyse yok denecek kadar az olması, salt imam nikâhı ile evliliğe başlama yasağının kağıt üzerinde kaldığının somut bir göstergesidir.

<sup>39</sup> Türkiye’de imam nikâhı olgusu konusunda yapılan sosyolojik ayrıntılı bir araştırma için bkz. Civelek Y ve Koç İ. Türkiye’de “İmam Nikahı” (<http://www.sderg.hacettepe.edu.tr/ycik.pdf>, Erişim Tarihi, 20.9.2012).

<sup>40</sup> Bkz. <http://www.gazete5.com/print.php?type=1&id=74899>, Erişim Tarihi, 20.9.2012).

<sup>41</sup> “Şimdi moda Suriyeli Gelin” başlıklı bu haber için 15.3.2004 tarihli Sabah gazetesine bkz. ([arsiv.sabah.com.tr/2004/03/15/gny/06.html](http://arsiv.sabah.com.tr/2004/03/15/gny/06.html), Erişim Tarihi, 7.1.2011).

internet kafe sayısının üçe çıkmasıyla birlikte, geçen yıl yine çoğu evli erkek, anlaştıkları 15 Faslı kızı “kuma” olarak beldeye getirmiştir.<sup>42</sup>

Türk Medeni Kanununun getirdiği temel esaslardan birisi, evlilik dışı ilişkileri caydırabilmek için kendi öngördüğü yöntemler dışında çocuğun nesebinin düzeltilmesine olanak sağlamamasıdır. Gerçekten de 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 321. maddesinde çocuğun, ana ve baba evli ise ailenin, evli değilse ananın soyadını taşıyacağı, ancak, ana, önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuğun onun bekârlık soyadını taşıyacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Medeni Kanun evlilik dışı (imam nikâhı dâhil) doğan çocukların babasının nüfusu kütüğüne tescilini ve onun soyadını alması esasını benimsememiştir. Medeni Kanuna göre, çocuğun, babasının nüfusuna tescili üç şekilde olur. Bunlar; çocuğun doğumundan sonra babanın<sup>43</sup> annesiyle medeni nikâh yaptırması, Medeni Kanununun 295 ila 300. maddeleri arasında düzenlenen babanın “tanıma” beyanı veya Kanununun 301 ila 304. maddelerinde belirtilen mahkemenin verdiği “babalık hükmü”dür.

Geçmiş yıllarda Medeni Kanunun gösterdiği bu yöntemlerin kullanılması yerine işin kolaylığına kaçılarak nesebin idari yoldan düzeltilmesi (tashih edilmesi) yoluna başvurulmuştur. Gerçekten de Türk Medeni Kanununun 1926 yılında kabul edilmesinden önce ülkemizde “dini evlenme” bir başka deyişle, “imam nikâhı” yöntemi geçerli bulunmuş, aynı yöntem, Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği 1926 yılından sonra da özellikle Doğu Bölgelerinde ağırlıklı olmak üzere bir örf ve adet kuralı şeklinde devam etmiştir. Sonuç olarak bu gibi kanun dışı birleşmelerden doğan çocukların sayısı günden güne artmıştır. Medeni evlenme dışındaki evlenmeler “yokluk” yaptırımına tabi olduğu içindir ki bu evlenmelerden doğan çocukların nesebi de sahih sayılmamış, dolayısıyla ortaya bir “nesepsiz çocuklar sorunu” çıkmıştır. Yasa koyucu soruna eğilmek ve sayıları yüzbinleri aşan bu “masum çocuklar”ın yasa karşısındaki durumlarını sağlamlaştırmak zorunluluğu yüzünden zaman zaman çıkardığı özel kanunlarla bu gibi çocukların neseplerinin düzeltilmesi olanaklarını bahşetmiştir.<sup>44</sup>

Nesebin idari yoldan cezasız bir şekilde düzeltilmesini öngören bu af kanunlarıyla çocukların babası adına nüfusa tescilini olağan karşılamak olanaklı değildir. Daha açık bir deyişle, imam nikâhından doğan çocukların

---

<sup>42</sup> Mardin’in Faslı kumaları başlıklı bu haber için 6 Ocak 2011 tarihli Milliyet gazetesine bkz. (<http://www.milliyet.com.tr/Yazdir.aspx?aType=HaberDetayPrint&ArticleID=1335421>, Erişim Tarihi, 7.1.2011).

<sup>43</sup> Babanın, çocuğun annesinden başka bir kimseyle medeni nikâhının olmaması koşuluyla.

<sup>44</sup> Akıntürk, T. Aile Hukuku, İkinci Bası, AÜHFY No. : 364, Ankara 1975, s. 270.

neseplerinin cezasız olarak düzeltilmesi geçici süreli 1 veya 2 af kanunuyla<sup>45</sup> yapılabilir, bu kanun veya kanunların süresinin bitiminden itibaren caydırıcı olmak amacıyla nesebin düzeltilmesi cezai sonuçlara bağlanabilir ve evlenme ile boşanma kolaylaştırılarak nesepsiz çocuklar sorununa kalıcı bir çözüm bulunabilirdi. Bunun yapılmaması bağışlanamaz bir hatadır. Bundan daha da vahim durumu ise 25.4.2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunuyla, evlilik dışı çocuklar hakkında Medeni Kanunun öngördüğü bu dizgenin bütünüyle tersine çevrilerek, evlilik dışı doğan çocuğun babası tarafından kolaylıkla tanınması ve tanınan çocuğun babasının nüfusuna tescil edilmesi ve onun soyadını almasının öngörülmesidir.<sup>46</sup> Bu durum imam nikâhlı evliliklerin hukuken tanındığı anlamını taşır. Gerçi uluslararası eğilimler evlilik dışı çocukları evlilik içi çocuklar ile aynı konuma koyma eğiliminde bulunduğu için “çocuk tanınmasının” kolaylaştırılması gerekçesiyle Nüfus Hizmetleri Kanununda yapılan düzenlemenin uygun olduğu sonucuna varılabilir. Ancak salt imam nikâhı ile evlilikleri caydırabilmek açısından böyle evliliklerden doğan çocukların tanınmasına yüklü miktarda bir idari para cezası verilmesinin öngörülmesi gerekirdi. 5490 sayılı Kanunda “çocuğu tanıma” bu kadar kolaylaştırıldığına ve evlilik dışı doğan çocukların tanınmasında caydırıcı bir cezai sonuç öngörülmediğine göre kişileri, Medeni Kanunun ruhu olan kişilerin tek kadınla evlenmeye ve medeni nikâha zorlayacak bir güdünün kalmadığını söyleyebilmek olanaklıdır.

### **c- Miras Hukuku Bakımından**

Kendi başına bırakıldığı takdirde en zor değişen ve evrimi en ağır olan alan hukuk dalları aile ve miras hukukudur. Ancak, İsviçre Medeni Kanununun 1926 yılında tercüme ve iktibas ile Türkiye’de sosyal bilimler bakımından ilginç bir devre açılarak hukuk alanında köklü ve ani bir devrim

---

<sup>45</sup> Uygulamada, çıkartılması gerekli olan 1 veya 2 af kanunu yerine sürekli bir şekilde yenilenen geçici! af kanunları çıkartılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İnan, A.N. Fiili Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Tesciline Dair Kanun, Yönetmelik ve Sözleşmeler, AÜHFY No.204, Ankara 1965, Akıntürk, s. 270-272.

<sup>46</sup> Gerçekten de 5490 sayılı Kanunun “tanıma işlemi” başlıklı 28. maddesinde tanımanın Medeni Kanunun öngördüğü yollar dışında; babanın notere başvurusu üzerine düzenlenen senetle yapılmışsa, noter tarafından, tanımanın yapıldığı tarihten itibaren on gün içinde nüfus müdürlüğüne bildirileceği, nüfus memuruna yapılan tanıma beyanının ise doğrudan aile kütüklerine tescil edileceği, yurt dışında yapılan tanıma işlemlerine ait bildirimlerin dış temsilciliklere veya Türkçe tercüme edilip, onaylanmış olmak kaydıyla yurt içinde nüfus müdürlüklerine yapılabileceği, tanınan çocukların babasının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, 25.4.2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, Medeni Kanununun tek eşlilik kuralını adeta dinamitleyerek çok eşliliği teşvik etmektedir.

meydana gelmiş, bu devrimini ana “mihrakını” (unsurunu) aile ve miras hukuku oluşturmuştur.<sup>47</sup>

Türk Medeni Kanununun kabul edildiği 1926 yılından önce, dini hukuk kurallarına göre düzenlenmiş olan miras hukukunda kız ve erkek çocukların mirastan pay almasında eşitsizlik<sup>48</sup> bulunmasına karşın, Kanunun kabulüyle kız ve erkek çocuklar arasındaki eşitsizlik kaldırılmış, her ikisinin de mirastan eşit hisse almaları esası benimsenmiştir. Oldukça ileri sayılabilecek bu düzenlemeye karşın, özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinde ve Türkiye’nin kırsal kesiminde feodal bir zihniyet egemen bulunmakta, kız çocuklarına gerek murislerinin gerekse erkek kardeşlerinin eşit miras hakkı tanımadığı görülmekte, hatta kimi zaman kız çocuklarına mirastan herhangi bir payın verilmediği olgusuna bile rastlanılmaktadır.

Medeni hukukta laiklik ilkesinden sapmalar konusunu bitirmeden önce önemli bir hususa vurgu yapmak gerekir. Medeni Kanunun şahıs, aile ve miras hukukuyla ilgili getirmek istedikleri yeniliklerin Türkiye’nin sosyal bünyesine uymaması dolayısıyla kötü etkileri olduğu veya olacağı savı Akipek’in de isabetli bir şekilde belirttiği üzere isabetsizdir. Gerçekten de yazar, Medeni Kanunun içine aldığı bütün ilişkilere günümüzde bile tam anlamıyla ve ruhuyla uygulandığının savlanamayacağını, diğer taraftan ise, uygulandığı alanlarda Türkiye’nin sosyal yapısı üzerine olan etkilerinin neler olduğu konusunda sosyolojik incelemelerin yok denecek ölçüde az olduğunu ifade etmektedir.<sup>49</sup> Bu çerçevede, söz konusu sosyolojik incelemelerin bir an önce yapılması gerekmektedir. Bu şekilde sosyolojik incelemeler yapıldığı takdirde, kanımızca medeni hukuktaki laiklik ilkelerinden sapmaların daha da derin olduğu ortaya çıkacaktır.

### **3- Ceza Hukuku Bakımından Görülen Sapmalar**

Ceza hukuku bakımından laiklik ilkesinden sapılmasının simgesini 1.3.1926 tarih ve 765 sayılı Kanunun yerini alan 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) oluşturmaktadır. Bu kanunun laiklik ilkesini korumak bakımından nasıl derin bir şekilde yetersiz olduğunu ayrıntılı olarak incelemek uygun olacaktır.

#### **a- Kanunun İrticayla Mücadele Konusunda Yetersiz Olması**

765 sayılı TCK irtica hareketlerini önleyecek derecede açık hükümleri içermekte iken yukarıda belirtildiği üzere 5237 sayılı Kanun bu konuda son

<sup>47</sup> Ayiter N ve Kılıçoğlu A., Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1989, s. 35.

<sup>48</sup> 1926 yılından önce, mirastan erkekler 2 pay alırken kızlar 1 pay alırdı.

<sup>49</sup> Akipek, s. 60.

derece yetersizdir. Bu yetersizlikleri incelemeye geçmeden önce irtica hakkında genel bir bilgi vermek uygun düşer.

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, irticanın din ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Gerçek din anlayışı vicdan hoşgörüsüne dayanır. Din, insanlara başkasını anlamak gücünü verir. Gerçekten de anlayan affeder, çünkü af, hoşgörünün ifadesidir. Bu nedenle irtica dindarlığa değil, dinsizliğe daha yakındır. Bu bağlamda “tutuculuk” (taassup), dinde özgürlüğün inkâr edilmesidir.<sup>50</sup> Bu yüzden Türk devrimleri ve laiklik, dine karşıtlık veya dinsizlik olarak kabul edilemez. Türk devrimleri tarafsız değildir, karşıt olduğu irticadır. İrtica, Türk devrimlerinin gelişimine engel olan her türlü fikir ve harekettir. İrtica doğudur, skolastik zihniyettir, cehalet ve yobazlıktır. O, “örümcek kafalılık” (zelotizm) olup mazide sığınak arama, yenilikleri önleme hareketidir. İşte Türk devrimleri, bu irtica ile savaşım içerisinde. Bu mücadele, düne bağlı olanlarla, yarını temsil edenler arasındadır.<sup>51</sup> İrtica dinin sahtesidir.<sup>52</sup>

Yukarıda belirtildiği üzere irtica, devrim düşmanlığıdır. Devrimcilik ise bir bütünü oluşturur. Bu bütüne yönelik ferdi saldırılar, basit suçları oluşturur. Örneğin, Şapka veya Türk Harfleri Kanununa muhalefet halinde TCK'nın 222. maddesi uygulanır. Buna karşın, devrimciliğe ferdi olmayan hareketlerle, bir başka deyişle, ortaklık oluşturarak da saldırmak olanaklıdır. Daha açık bir deyişle, devletin iktisadi, siyasi veya hukuki temel düzenlerini dini inançlara dönüştürmek için teşkilatlı bir şekilde yapılan faaliyet basit bir irticai hareket olarak görülemez, böyle bir davranış, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlığına yönelmiş bir tehlikedir.<sup>53</sup> İşte, Türk ulusunu mahvedebilecek derecede tehlikeli olan irticaya karşı öngörülen ceza normları oldukça yetersiz bir konumdadır. Bu yetersizlikleri aşağıdaki şekilde sıralamak olanaklıdır.

#### **aa- 765 sayılı TCK'nın 163. Maddesinin Kaldırılması**

Anayasanın “Din ve Vicdan Hürriyeti” başlıklı 24. maddesinin son fıkrasında; kimsenin, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne şekilde olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemeyeceği ve kötüye kullanamayacağı ifade edilmiştir. Anyasada yer alan bu hükmün

<sup>50</sup> Erem, F. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt: III, Üçüncü Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985, s. 202.

<sup>51</sup> Özek, Ç. Türkiyede Laiklik, İÜHF No. 200, İstanbul 1962, s. 155.

<sup>52</sup> Erem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt: III, s. 202.

<sup>53</sup> Erem, F. Hürriyet ve Suç, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından, Ankara 1952, s. 41.

yaptırımını 765 sayılı TCK'nun ünlü 163. maddesi teşkil etmiş ve bu maddede laikliğe aykırı faaliyet gösteren dini gayelerle kurulmuş cemiyetler ile devletin laik düzenine karşı propaganda ile şahsi veya siyasi menfaat ve nüfuz elde etmek gayesiyle propaganda yapma suç ve cezaları düzenlenmişti.<sup>54</sup> Bu madde, 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 23. maddesiyle, haksız bir şekilde yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>55</sup> Çünkü Anayasanın bir hükümle yasaklanmasını istediği bir hususun ceza kanununda yasaklanmaması düşünülemez. Anayasa ile ceza kanunu arasında yakın bir ilişki bulunmakta olup normlar hiyerarşisine uygun olarak Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasının yaptırımını, ceza normunda mutlak bir şekilde gösterilmek zorundadır.<sup>56</sup>

Ancak, Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasının yaptırımını TCK'nunda gösterilirken 765 sayılı TCK'nın 163. maddesindeki şekliyle<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> 765 sayılı TCK'nun 163. maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özek, s. 310-354, 382-414.

<sup>55</sup> Aslında bu maddenin kaldırılmasını, ülkenin bugün içerisinde bulunduğu koşullar çerçevesinde isabetli bulabilmek olanaklı değildir. Gerçekten de Dönmezer'in isabetli olarak belirttiği üzere, laikliğin yerleştirilmesinin temel koşulu eğitim ve öğretim olup eğitim ve öğretimde başarılı olunabilmesi için "din" konusunun siyasal savaşımın dışında tutulması gerekir. Bu bağlamda, siyasal partilerden birisi dini, dini inaçları ve duyguyu, siyasal mücadelede bir araç olarak kullanarak istismar edecek olursa diğer siyasi parti mensuplarının lider kadroları ne kadar titiz olursa olsun aynı araca, daha açık bir deyişle, aynı tip propagandaya başvurmaları kaçınılmaz olur. Bu durum ise ekonominin ünlü Gresham Kanununun (Ekonomi biliminde Gresham Kanunu; bir ulusal ekonomide, piyasada değişim aracı olarak değerleri birbirinden farklı iki para kullanıldığı durumda, halkın değerli bulduğu paranın belirli bir süre sonra piyasadan çekilmesidir. Bu kanun gereğince piyasada sadece halkın kötü para olarak nitelediği para kılmakta, bir başka deyişle, *kötü para iyi parayı kovmuş* olmaktadır. Bkz. Büyük Ekonomi Ansiklopedisi, Sabah, Tarihsiz, s. 253) siyaset alanında da işlemesine yol açar ve kötü politikacı iyi politikacıyı siyaset alanından kovar. Bu nedenle, açık ve kesin yasal hükümlerle dinin siyasette bir araç olarak kullanılmasının belirli bir süre engellenmelidir. Kısacası, din konusunun belirli bir süre daha siyasi savaşımın dışına çıkartılması bir zorunluluktur. Dönmezer, S. Toplumsal Değişme ve Atatürk İnkılapları, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt VII, Sayı: 19, Kasım 1990, s. 27.

<sup>56</sup> Krş. Soyaslan, D. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 177.

<sup>57</sup> Erem, mülga 765 sayılı TCK'nın 163. maddesinin özgün haliyle bile demokrasi ilkesine aykırılık oluşturmadığını ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle Erem, antidemokratik kanunların saptanması için kabul edilen ölçütün; onun, siyasi, kamu ve insan haklarını kaldırması veya sınırlandırıcı hükümler içermesi olduğunu, tam bir isabet bulunan bu ölçüt çerçevesinde mülga TCK'nın 163. maddesinin bütünüyle demokratik bir nitelik taşıdığını, çünkü vicdan özgürlüğünün ancak laik olan bir ortamda varlığını sürdürebileceğini ifade etmektedir. Yazar, demokrasinin iki unsurunun bulunduğunu, bunların eşitlik ve özgürlük olduğunu, yurttaşlar arasında mutlak bir eşitliğin ancak özgürlükten özveri göstermekle olanaklı olabileceğini, buna karşın, mutlak ve sınırsız bir özgürlüğün, eşitliği yok edeceğini, vicdan özgürlüğü bakımından bu makul dengenin ölçüsünün laiklik ilkesi olduğunu, bu nedenle, laikliğe aykırı hareketleri suç sayan 163. madde Türkiye'de demokrasinin gelişimini

değil, Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ve düşünce özgürlüğü ilkesine uygun hareket edilmesi gerekir. Her şeyden önce, mülga TCK'nun 163. maddesinin içerisinde geçen “Devletin, sosyal, ekonomik, siyasi, hukuki temel düzeni”, “siyasi amaç, siyasi menfaat temin ve tesis eylemek” ile “şahsi nüfuz veya menfaat temin etmek” ibareleri kanunilik ilkesini ihlal edebilen ibareler olduğundan bu ibarelerde geçen amacın açık ve kesin bir biçimde belirlenmesi gerekir.<sup>58</sup>

İkinci olarak, söz konusu 163. maddenin, ifade özgürlüğüne uygun olarak düzenlenmesi gerekirdi. Amerikan Federal Temyiz Mahkemesi, ifade özgürlüğü bakımından “öncelikli-konum testi” (preferred-position test) adıyla bir ölçüt kabul etmiştir. Bu ölçüte göre ifade özgürlüğü öyle önemlidir ki diğer bütün özgürlüklerin temelini oluşturur. Bu nedenle, ifade özgürlüğü anayasal özgürlükler arasında ayrıcalıklı bir konumda bulunur, bir başka deyişle, bu özgürlükle başka bir özgürlük çatıştığı zaman ifade özgürlüğüne öncelik tanınması gerekir.<sup>59</sup> Bu bağlamda, eylemsel tehlike niteliği taşımayan düşünceleri salt “laikliğe aykırı” oluşlarından ötürü cezalandırma yoluna gitmekten kaçınmak gerekir. Çünkü akla dayalı düşüncelerden farklı olarak bunların “duygusal ve akıl-dışı düşünceler” olduğunu söyleyip yapay bir ayrıma gitmek ve laikliğe aykırı düşünceleri bu gerekçeyle yasaklamak düşünce özgürlüğü açısından yeni bir tutarsızlık yaratmak anlamını taşır.<sup>60</sup> Düşünce özgürlüğü, ancak her türlü düşünce yönünden kabul edildiği takdirde tam olur.<sup>61</sup>

Üçüncü olarak, Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasında yasaklanan husus düşünce açıklaması olmayıp “eylem” niteliğini taşımaktadır. Gerçekten de bu fıkrada; kimse, dini veya din duygularını veya dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemeyeceği ve kötüye kullanamayacağı ifade edilmiştir. Sosyal'ın belirttiği üzere salt düşüncenin açıklanması Anayasada

---

sağlayacak kanun hükümlerinden birisini teşkil ettiğini belirtmektedir. Bkz. Erem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt: III, s. 204. Bundan da öte, Hafizoğulları, (mülga) TCK'nın 163. maddesinde öngörülmüş olan suçun, laikliğin ve bunun sonucu olan kanun önünde eşitlik, din ve vicdan özgürlüğünün bir güvencesi niteliğini taşıdığını, bu bağlamda, söz konusu suçun din ve vicdan özgürlüğünü kısıtlamadığını, tam aksine, en gelişmiş bir şekilde gerçekleşmesine katkıda bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. Hafizoğulları, Z. Laiklik ve TCK'nun 163. Maddesi Üzerine, AÜSBFD, Cilt: XLII, No:1-4, Ocak-Aralık 1987, s. 220. Ancak az sonra anlatılacak nedenlerle bu görüşler tam anlamıyla isabetli değildir.

<sup>58</sup> Bu ibarelerin kanunilik ilkesini nasıl ihlal ettiği ve bunun önlenmesi için çözüm önerileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hafizoğulları, Laiklik ve TCK'nun 163. Maddesi Üzerine, s. 215-221.

<sup>59</sup> Bkz. Dursun, H. Nasıl Bir Yargı Reformu, Adalet Yayınları, Ankara 2009, s. 122 ve dip not 37.

<sup>60</sup> Soysal, s. 263.

<sup>61</sup> Toroslu, N. Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Ankara 1987, s. 97.

ifade edilen bu terimlerin kapsamına girmemektedir. Yazar, düşüncenin açıklanmasıyla hemen, açık ve yakın bir tehlike olarak, bir istismarın, bir kötüye kullanımın doğduğunun kanıtlanması gerektiğini, Anayasanın bu fıkrasıyla, düşüncenin tek başına yasaklanmış olmayacağını, yasaklanan şeyin dinin, din duygularının veya dince kutsal sayılan şeylerin “istismar edilmesi ve kötüye kullanılması eylemi” olduğunu ifade etmektedir.<sup>62</sup>

Bu anlatılan çerçevesinde bahsedilen 163. maddeye benzer bir suç ve ceza içeren norm düzenlenirken; cebre, şiddete ve tehdide dayalı “gerici birleşmeler” ile “gerici propaganda yapma” fiilleri suç olarak düzenlenmelidir. Daha somut bir deyişle, cebre, şiddete ve tehdide dayalı gerici birleşmeler ile dini, din duygularını veya dince kutsal sayılan şeyleri sömürme ve kötüye kullanma kastının bulunduğu propaganda<sup>63</sup> ve övme fiilleri cezai sonuçlara tabi tutulmalıdır.<sup>64</sup>

#### **bb- Görev Sırasında Din Hizmetlerini Kötüye Kullanma Suçunun Kanunilik İlkesine Aykırı Olarak Düzenlenmesi ve Kapsamının Dar Tutulması**

Mülga 765 sayılı TCK'nın 241. maddesinde, din adamlarının kanunları ve siyasi icraatı tahkir ve “tezyif” (alaya alma) suçu, 242. maddesinde ise din adamlarının sıfatlarından istifade ederek işledikleri suçlar düzenlenmişti.<sup>65</sup> Bu hükümlerle düzenlenen konular kural olarak isabetli bir nitelik taşımaktaydı. Çünkü laikliğin soyut bir kural olmaktan çıkabilmesi için çoğu devlet memuru veya hizmetlisi olan din adamlarının bu kurala uygun davranmasıyla olanaklıydı. Bu bağlamda, insanlara üstün bir ahlak aşlamak için politika konularına başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Daha açık bir deyişle, kanaat ve düşünce ayrılıklarına dayanan “politika” kavramı ile insanları birbirine kenetlemeye çalışan “din” mefhumu birbiriyle bağdaşmaz. Bu yüzden din adamları politikanın üstüne çıkabilen telkinlerde bulunmak zorundadır. Halk ile sık sık ilişki kuran ve kendisine inanılması olanaklı bir makam işgal eden din adamlarının siyasete karışması vahim ve tehlikeli sonuçlar doğurur.<sup>66</sup> Öte yandan, dini ve ahlaki telkinlerde bulunmakla yükümlü olanların siyasi nitelikte vaiz vermeleri de görevleri ile bağdaşabilir bir husus değildir.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> Soysal, s. 263.

<sup>63</sup> Örneğin uygulamada karşılaşıldığı üzere dini güdülü bir partiye oy vermemenin günah olduğu veya ahiret günü hesap vereceği yönünde yapılan bir telkin mutlak surette cezalandırılmalıdır. Zira böyle bir telkinde dinin sömürülmesi veya kötüye kullanılması olgusu açıktır.

<sup>64</sup> Krş. Toroslu, s. 96-97.

<sup>65</sup> Bu suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özek, s. 426-455.

<sup>66</sup> Erem, F. Hürriyet ve Suç, s. 43.

<sup>67</sup> Erem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt: III, s. 205.



765 sayılı Kanunun 241 ve 242. maddeleri, bir başka deyişle, politika yapan din adamlarına yönelik hükümleri oldukça dağınık ve bütünlükten yoksun bir nitelik taşımakta ve dar kapsamlı bulunmaktaydı. 5237 sayılı TCK'nın 219. maddesinde düzenlenen bu suç bakımından söz konusu sakıncalar devam etmekte, üstelik bu madde kanunilik ilkesine aykırı bir şekilde kaleme alınmış bulunmaktadır. Bu sakıncalar üzerinde durmadan önce 5237 sayılı TCK'nın 219. maddesinin “suç ve cezada kanunilik” (nullum crimen nulla poena sine lege) ilkesini nasıl tahrir ettiği üzerinde durmak faydalı olacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 219. maddesinin 1. fıkrasında; imam, hatip, vaiz, rahip, haham *gibi* dini reislerden birisi vazifesini ifa sırasında alenen hükümet idaresini ve devlet kanunlarını ve hükümet icraatını takbih ve tezyif ederse cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bu fıkrada “gibi” sözcüğünün kullanılması kanunlaştırma faaliyetinde örneksene yoluyla gösterme yönteminin somut göstergesini oluşturmakta, dolayısıyla kanunilik ilkesinin “kanunun açıklığı” alt ilkesini açık bir şekilde ihlal etmektedir. Bu ihlalin nasıl gerçekleştiğini tam olarak kavrayabilmek için kanunlaştırma yöntemleri üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır.

Ceza normlarının kanunlaştırılmasında ülkeler üç dizgeden faydalanmaktadır. Bunlardan ilkinin oluşturduğu kazuist dizgede, suç teşkil eden davranışlar teker teker saptanmaktadır. Bu yöntem suç ve cezaların kanuniliği ilkesini en fazla gerçekleştirirse de özellikle hile ile işlenen suçlarda çok sayıda boşlukla bırakmakta ve ilkel bir yöntem olduğundan günümüz çağcıl ülkeleri kabul etmemektedir. İkinci usulü oluşturduğu örneksene yoluyla gösterme yönteminde, cezalandırılacak fiillerin en önemli olduğu varsayılan hususlar kanunda gösterilmekte, daha sonra ise çok defa “gibi” “benzeri sebeplerle” türünde sözcükler kullanılarak yargıca geniş bir cezalandırma serbestisi tanınmaktadır. Ceza normlarının kanunlaştırılmasında kazuist yöntem suç ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal ettiği gibi “örneksene yoluyla gösterme” (exemplification) yöntemi de söz konusu ilkeyi ihlal eder. Zira kanunilik ilkesinin gereği olarak suçların açık ve kesin bir biçimde konulamaması olgusuyla karşılaşılır. Üçüncü ve çağcıl yöntemi oluşturduğu soyut kural yönteminde ise yasa koyucu, genel, soyut ve nesnel kuralları koymakla<sup>68</sup> yetinmekte ve yargıcın karşılaşacağı olayların yanıtını, kanunu yorumlayarak bulması istenmektedir. Kazuist ve örneksene yoluyla gösterme yöntemleri ceza normları bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiğine göre söz konusu ilkeyi yalnızca soyut kural yöntemi ihlal etmez.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Kanunların genel, soyut ve nesnel bir şekilde hazırlanması hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Konu üzerinde aşağıda ayrıntılı olarak durulacaktır.

<sup>69</sup> Krş. Tosun, Ö. Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, İÜHFİM, Cilt 27, Sayı 1-4, 1961, s. 55.

5237 sayılı TCK'nın 219. maddesinin 1. fıkrasında “gibi” sözcüğü kullanılarak suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı davranılarak hükmün muğlak ve belirsiz olmasına yol açılmıştır. TCK'nın bu maddesinde yapılan örneksene yoluyla suçları gösterme şeklinde yapılan bu düzenlemenin kanunilik ilkesinin “kanunun açıklığı” esası ile bağdaşır bir yönü olmadığından kabul edilecek bir yönü bulunmamaktadır.<sup>70</sup>

Aslında din görevlilerinin siyaset yapmalarının etkin bir şekilde önüne geçebilmek için bu konunun TCK'dan çıkartılarak laik demokrasilerde ve örneğin Fransa'da olduğu gibi özel bir kanun ile çözümlenmesi daha doğru olur. Bu çerçevede, konu, özel bir kanunla düzenlenirken; din görevlilerinin ibadet yerlerinde, vaiz şeklindeki telkinlerde şu veya bu partiye mensup belirli kimseleri kastederek onları halkın husumetine maruz bırakıcı nitelikte kullanılan sözlerin de açık bir hüküm ile cezalandırılması, dini siyasete alet eden memur veya müstahdem sayılamayacak durumda olan “gezici vaizler” hakkında da cezai yaptırımların öngörülmesi gerekir.<sup>71</sup> Zira 5237 sayılı TCK'nın 219. maddesinin 1. fıkrası hükmü dar kapsamlı olduğu için geçici vaizleri cezalandırma olanağı bulunmamaktadır.

#### **cc- Laik Aile Düzeninin Korunamaması**

Yukarıda belirtildiği üzere, Türkiye, Cumhuriyetten sonra batıya yönelerek bütün medeni hukuk ve bu arada aile hukuku alanında laik esasları

<sup>70</sup> Türkiye'de ceza normlarının kanunlaştırılmasında sıkça örneksene yoluyla gösterme yöntemine başvurulmaktadır. Örneğin, idari ceza konusunda önemli bir düzenleme sayılan 7.11.1996 tarih ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde; özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti veren işletmelerde tütün ürünlerinin tüketilemeyeceği, 3. maddesinin 11. fıkrasında ise tütün ürünlerinin otomatik makinelerle, telefon, televizyon ve internet gibi elektronik ortamlarla satılamayacağı ve satış amacıyla kargo yoluyla taşınmayacağı ifade edilmiştir. Bu yöntem yalnızca cezai idare hukukunun kapsamına giren normlarda rastlanılmamakta, bunun yanında, ceza hukukunun kapsamına giren normlarda da rastlanılmaktadır. Örneğin, 5237 sayılı TCK'nın 122. maddesinde; kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birisine bağlayan, besin maddelerini vermeyen veya kamuya sunulmuş bir hizmeti yapmayı reddeden, kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kişiye ceza verileceği belirtilmiş, 154. maddesinin 2. fıkrasında; köy tüzel kişiliğine ait olduğunu veya öteden beri köylünün ortak yararlanmasına terk edilmiş bulunduğunu bilerek mera, harman yeri, yol ve sulak gibi taşınmaz malları kısmen veya tamamen zapt eden, bunlar üzerinde tasarrufta bulunan ve sürüp eken kimsenin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu normlarda “gibi”, “benzeri sebeplerle” sözcüklerinin kullanılması örneksene yoluyla gösterme yönteminin somut göstergelerini oluşturmakta, böylelikle kanunilik ilkesinin “kanunun açıklığı” esası açık bir şekilde ihlal edilmektedir.

<sup>71</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Erem, Hürriyet ve Suç, s. 44.

kabul etmiştir. Medeni Kanun, özellikle kırsal kesimde yaygın olan çok kadınla evlilik kurumunu kaldırıp tek eşliliği getirerek bu konuda oldukça önemli bir devrim yapmıştır. Tek eşlilik esasına aykırı fiillerin yaptırımını ise TCK'nun 230. maddesi oluşturmaktadır. Ancak, 765 sayılı TCK'nun 237. maddesindeki düzenlemeye benzeyen 230. maddedeki düzenleme laik aile düzenini korumak bakımından oldukça yetersizdir. Özek'in belirttiği üzere, Müslüman bir devlette bu kadar köklü değişiklik yaratan tek eşlilik düzeninin müstakil ve geniş hükümlerle korunması gerekirken, bu şekilde araya karışmış kısa hükümlere yer verilmesi bir eksikliklerdir.<sup>72</sup>

### **b- Kanunun Din ve Vicdan Özgürlüğünü Tam Olarak Sağlayamaması**

Laiklik ile oldukça yakın ilişkisi olan bir kavram, din ve vicdan özgürlüğüdür. Gerçekten de, olgun ve gelişmiş bir rejim olan demokrasi herşeyden önce laikliğe dayanmakta, hakiki demokrasiyi laik demokrasi oluşturmaktadır. Bu bağlamda, laiklik ile din ve vicdan özgürlüğü kuşkusuz birbirinden farklı kavramlar olsa da birinin olmadığı yerde diğerinin yaşamasına olanak bulunmamaktadır. Bu yüzden ancak laik ülkelerde gerçek vicdan özgürlüğünün bulunduğu yolundaki düşüncede büyük bir gerçeklik payı mevcuttur.<sup>73</sup> Anayasa da din ve vicdan özgürlüğü ile laiklik ilkesi arasında yakın bir ilişki görmektedir. Nitekim konuyla ilgili olarak Anayasanın "Din ve Vicdan Hürriyeti" başlıklı 24. maddesinin 1. fıkrasında; herkesin, vicdan, dini inanç ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğu, 3. fıkrasında ise kimsenin, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya zorlanamayacağı; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı ve suçlanamayacağı ifade edilmiştir.

Din ve vicdan özgürlüğü bütün özgürlüklerin temeli olup bu özgürlüğün olmadığı yerde diğer özgürlükler de bulunmaz.<sup>74</sup> Din ve vicdan özgürlüğünün önemi bu kadar büyük olmasına rağmen onun TCK'da yeterli bir şekilde korunduğu savlanmaz. Gerçekten de Kanunun "İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme" başlıklı 115. maddesinin 2. fıkrasında; cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla dini ibadet ve ayinlerin toplu olarak yapılmasının engellenmesi durumunda ceza verileceği belirtilmiştir. Mülga 765 sayılı TCK'nun 175. maddesine benzeyen bu hükümle bir kimsenin ibadetine karışmak suç olarak saptanmıştır. Hâlbuki Erem'in belirttiği üzere, bunun aksinin de suç haline getirilmesi gerekirdi. Bu bağlamda, örneğin tutucu veya yobaz bir kimsenin

<sup>72</sup> Özek, s. 505-506.

<sup>73</sup> Erem, Hürriyet ve Suç, s. 40.

<sup>74</sup> Fazla bilgi için bkz. Erem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt: III, s. 200-201.

dine inanmayan kimsenin fiil ve hareketlerine karışmaması gerekirdi. Zira böyle bir müdahale de din ve vicdan özgürlüğü ilkesini ihlal edeceğinden suç haline getirilmesi gerekirdi.<sup>75</sup>

### **c- Laikliğe Aykırı Eğitim ve Öğretimin Önlenememesi**

Günümüzde laikliği savunurken başvurulabilecek en önemli araç eğitim ve öğretim yoluyla ikna, bir başka deyişle, öğrencileri bilinçlendirme yöntemi olmalıdır. Bu bağlamda, bütün eğitim araçları kullanılarak laikliğin anlamının açıklanması ve onun temelde din ve vicdan özgürlüğünün teminatı olduğunun anlatılması gerekir.<sup>76</sup> Laik eğitim ve öğretim esasına Anayasada da yer verilmiştir. Anayasanın “Eğitim ve Öğretim Hakkı ve Ödevi” başlıklı 42. maddesinin 4. fıkrasında; eğitim ve öğretimin, Atatürk ilkeleri ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı, bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerlerinin açılmayacağı belirtilmiştir.

Anayasanın bu buyruğu doğrultusunda laikliğe aykırı eğitim-öğretim kurumlarına karşı sert önlemlerin alınması gerekirken tam aksi bir yöntem izlenmiş, laikliğe aykırı eğitim-öğretim kurumları hakkında cezai yaptırımları yeterli olan 5237 sayılı TCK’nun 263. maddesi, 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunla değiştirilerek, dinci veya tarikatçıların kaçak okul veya kursları hakkında öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezaların alt ve üst sınırı düşürülmüş, bu suçların takibi zorlaştırılarak adetâ bu kurumların açılması teşvik edilmiştir.<sup>77</sup>

## **II- HUKUK DEVLETİ İLKESİNDEN SAPMALAR**

Demokrasi ile yönetilen bir ülkede bireye güven sağlayan bir düzen, ancak hukuk devleti esasının tam olarak uygulanması sayesinde gerçekleştirilebilir.<sup>78</sup> Hukuk devleti ilkesinin önemi bu kadar büyük olmasına karşın, uygulamada, hukuk devleti ilkesinden temel olarak iki türlü sapılmaktadır. Bunlardan ilki, kişiye özgü yasa çıkartılması, ikincisi ise yargının etkin bir denetim yapmasını sağlayacak düzeneğin tahrip edilmesidir. Bunların sırasıyla incelenmesi uygun olacaktır.

---

<sup>75</sup> Erem, Hürriyet ve Suç, s. 39.

<sup>76</sup> Dönmezer, s. 26-27.

<sup>77</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. Çatışma Kuramı Açısından Hukuk ve Kuramın Hipotezlerinin Türk Hukukuna Yansıması Konusunda İki Örnek, Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt 2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 226-233.

<sup>78</sup> Balta, T.B. İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları No: 117, Ankara 1968-1970, s. 65.

## 1- Kişiyeye Özel Yasa Çıkartılması

Hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarını Şu Şekilde formüle etmek olanaklıdır: Hukuk devleti = Genel, soyut, önceden bilinebilen ve anlaşılabilen hukuk kurallarından oluşan bir hukuk sistemi + Hukukun üstünlüğü.<sup>79</sup> Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere bir hukuk devletinde yasaların kişilik dışı, genel ve soyut olması gerekir. Kişiyeye özel ve o kişinin çıkarını sağlayıcı nitelikte yapılmış olan tüm yasalar hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Son yıllarda Türk hukukunda yaygın bir şekilde kişiyeye özgü yasa anlayışının egemen olduğu gözlemlenmektedir. Bu konuda bazı örneklerin verilmesi uygun olacaktır.

54. Hükümetin Başbakanı merhum N. Erbakan'ın, kamuoyunda "kayıp trilyon davası" olarak bilinen davadan almış olduğu özgürlüğü bağlayıcı cezadan kurtarılabilmesi için 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun "özel infaz usulleri" başlıklı 110. maddesinin 3. fıkrası değiştirilerek, Erbakan'ın Hazineye ödeyeceği 11 milyon lira kapsam dışına çıkarılmış ve onun alacak davası sonuçlanınca borcunu ödemesi esas kabul edilmiş ve almış olduğu hapis cezasını evinde çekmesine olanak sağlanmıştır.<sup>80</sup>

Ankara Büyükşehir Belediye Başkanı M. Gökçek ile TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı B. Kuzu arasında geçen ve basın ile kamuoyuna yansıyan bir konuşmada,<sup>81</sup> ABD Büyükelçiliği'ni çevreleyen yapılaşmaya ilişkin yargı kararını uygulamadığı için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca hakkında 1 ila 3 arası hapis ceza istemiyle dava açılan Gökçek, Kuzu'dan, TCK'nın görevi kötüye kullanma suçuyla ilgili maddesinin cezasının alt ve üst sınırının indirilmesi, bu indirim yapılırsa cezanın paraya çevrilmesi olanağının olduğu, mahkeme hürriyeti bağlayıcı cezayı para cezasına çevirmese bile verilecek özgürlüğü bağlayıcı cezanın kısa olması nedeniyle belediye başkanlığının etkilenmeyeceği, hapis cezasından sonra kişinin belediye başkanlığına devam edebileceğini bildirmiş, Kuzu da bu talebi kabul etmiştir. Kuzu, yasanın değiştirilmesi doğrultusunda öncü bir rol oynamış, 5237 sayılı TCK'nın "görevi kötüye kullanma" başlıklı 257. maddesi, 8.10.2010 tarih ve 6086 sayılı Kanunla Gökçek'in talebi doğrultusunda değiştirilmiştir.

<sup>79</sup> Bkz. Gönenç, L. Siyaset Bilimi ve Anayasalar, AÜSBF Dergisi, C. 54, S. 3, 1999, s. 99 vd.

<sup>80</sup> Erbakan'ı kurtarma kanunu tamam başlıklı bu haber için bkz. [http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail\\_openPrintPage.action?newsId=12568](http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail_openPrintPage.action?newsId=12568), Erişim Tarihi, 14.1.2011.

<sup>81</sup> Böyle bir konuşma, konuşmanın tarafları bakımından yalanlanmadığına göre gerçek olduğu açıktır.

Güçlü bir Amerikan şirketi olan Cargill'in Bursa Orhangazi'de tarımsal niteliği korunacak olan bir alan üzerinde 1998 yılında kaçak olarak kurduğu fabrikaya yapı ruhsatı verilebilmesi için Anayasa Mahkemesi tarafından çeşitli defalar iptal edilmesine rağmen Cargill'e özgü kanunların çıkartılması yoluna gidilmiştir.<sup>82</sup>

KCK soruşturması kapsamında PKK ile Oslo görüşmeleri nedeniyle İstanbul Cumhuriyet Başsavcı Vekilliği, MİT müsteşarı Hakan Fidan, önceki müsteşar Emre Taner, önceki Müsteşar yardımcısı Afet Güneş ve iki MİT görevlisini ifadeye çağırılmış,<sup>83</sup> söz konusu kişileri ifade vermektan kurtarmak için 1.11.1983 tarih ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununda değişiklik yapılmıştır. Daha somut bir deyişle, 17.2.2012 tarih ve 6278 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 2937 sayılı Kanunun 26. maddesi değiştirilerek; MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri savıyla haklarında soruşturma yapılmasının Başbakanının iznine tabi olduğu belirtilmiş, 2937 sayılı bir geçici madde eklenerek; bu kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hâlen devam eden soruşturma ve kovuşturmaların da 26. maddedeki söz konusu hükme tabi olduğu belirtilmiştir.

MİT Kanununda yapılan bu değişiklik tam anlamıyla kişiye özel bir yasa niteliğindedir. Gerçekten de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (mülga) 250. maddesinin 1. fıkrasında özel görevli mahkemelerin görev alanına giren suçlar bakımından her mevki ve makamdaki kamu görevlilerinin ifadesinin alınması olanaklı olmasına rağmen bu değişiklikle söz konusu kişiler soruşturmadan kurtarılmıştır. İkinci olarak, 2937 sayılı Kanunun 26. maddesinin ilk halinde; MİT mensuplarının görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan ötürü haklarında cezai takibat yapılması Başbakanın iznine bağlı olduğu belirtilmişken yapılan değişiklikle yalnızca MİT mensuplarının değil, belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilen kişilerin soruşturmaları da

<sup>82</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Dursun, Çatışma Kuramı Açısından Hukuk ve Kuramın Hipotezlerinin Türk Hukukuna Yansıması Konusunda İki Örnek, s. 222-225.

<sup>83</sup> Konu hakkında fazla bilgi için bkz. (<http://epochtimestr.com/index.php/mit-mustesari-hakan-fidan-kck-sorusturmasinda-ifadeye-cagrildi>, Erişim Tarihi, 25.9.2012).

Başbakanın iznine tabi tutulmuştur. Böylelikle PKK ile Oslo görüşmelerini yürüten ekipte yer aldığı sırada Başbakanlık Müsteşar Yardımcısı olan H. Fidan soruşturmadan bağışık tutulmuştur. Üçüncü olarak, 2937 sayılı Kanuna eklenen geçici maddeyle, söz konusu 26. maddede yapılan değişikliğin kanunun yürürlüğe girdiği tarih<sup>84</sup> itibarıyla hâlen devam eden soruşturma ve kovuşturmalara da uygulanacağı<sup>85</sup> belirtilerek söz konusu kişilerin soruşturmadan tam anlamıyla kurtarılmaları için her türlü önlem alınmıştır.

Kişiyeye özel yasa konusunda daha çok sayıda örnek verilebilmesi olanaklı olmasına karşın, çalışmanın oylumunu büyütmemek için bundan kaçınılacaktır.

## **2- Yargının Etkin Denetiminin Tahrip Edilmesi ve Yargı Kararlarına Uyulmaması**

Hukuk devleti ilkesi, tüm devlet işlemlerinin ve bu arada İdarenin işlemlerinin hukuk kurallarına uygun olmasını ve bu uygunluğun yargısal denetim ile sağlanmasını gerektirir.<sup>86</sup> Kanımızca, gerçek anlamıyla bir yargısal denetimden bahsedebilmek için idari işlem esas bakımından denetlenirken bu denetimin herhangi bir kısıt ve koşula tabi olmaması gerekir.

Bir hukuk devletinde İdareye idari işlemlerin sebep ve konu öğelerinde takdir yetkisi tanınabilir, başka öğeler bakımından tanınamaz. Bu bağlamda, idari işlemin amaç (maksat) öğesinde İdarenin takdir yetkisi olamaz. Çünkü idari işlemler tek bir amacın, daha açık bir deyişle, kamu yararının gerçekleştirilmesine yöneliktirler. Bu bağlamda, bir idari işlem, kamu yararı

<sup>84</sup> 2937 sayılı Kanunda değişiklik öngören 17.2.2012 tarih ve 6278 sayılı Kanun, aynı gün Cumhurbaşkanlığı tarafından jet hızıyla imzalanarak 18.2.2012 tarih ve 28208 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>85</sup> Bu hükmü yargı yetkisinin kullanılmasına bir müdahale olarak betimlemek de olanaklıdır. Gerçekten de Anayasanın 138. maddesinin 3. fıkrasında; görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı ifade edilmiştir. Gerçi bu fıkrada görülmekte olan bir dava hakkında yasa yapılması açıkça yasaklanmamaktadır, ancak, Anayasa koyucu bu hükümle görülmekte olan dava hakkında oldukça basit müdahaleler olan soru sorma, görüşme yapma veya beyanda bulunmayı yasakladığına göre yargıya oldukça ağır bir müdahale olan görülmekteki dava hakkında yasa yapmanın da söz konusu hükmün “ruhuna” (özüne) aykırı olduğu açıktır. Hatta görülmekte olan bir dava hakkında yasa yapmanın Anayasanın 138. maddesinin 3. fıkrasının “lafzına” (sözüne) aykırı olduğu görüşünü de savunmak olanaklıdır. Zira Anayasanın 138. maddesinin 3. fıkrasında; görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili görüşme yapılamayacağı belirtildiğine göre bünyesinde “görüşme yapma” için olarak bulunan yasa yapmanın da söz konusu yasağa girdiği açıktır.

<sup>86</sup> Günday, M. İdare Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2003, s. 269.

dışında başka bir amaca yönelemez. Daha açık bir deyişle, İdare takdir yetkisini kullanırken, kendisine bu yetkiyi veren kanunun amacına ve genelde kamu yararı ile hizmet gereklerine uygun olarak yetkisini kullanması gerekir. İdarenin aksine davranışı hukuka aykırı olacağı gibi siyasal amaçları veya özel çıkarları gerçekleştirmek amacı ile takdir yetkisini kullanması halinde de yapacağı işlem “yetki saptırması” (excès de pouvoir) ile sakat olur.<sup>87</sup>

Bu anlatılanlar çerçevesinde bir hukuk devletinde bir idari işlem veya eylem yargı tarafından esas bakımından denetlenirken bir koşul ve kısıt konulamaz, İdarenin takdir yetkisi idari işlem veya eylemin amaç ögesinde olamaz, sebep ve konu bakımından olan takdir yetkisi ise hukuka aykırı bir biçimde kullanılamaz. Eğer İdare takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullanırsa yargı organı bunları denetlemeye yetkilidir. Ancak yargı organı, hiç bir zaman, idari tasarrufun yerindelik (l’opportunité) denetimini yapmaya yetkili değildir. Ancak yerindelik denetimi ile hukuki denetimi birbirinden ayırmaya yarayışlı nesnel bir ölçüt günümüze kadar bulunamamıştır.<sup>88</sup> Durum bu merkezde olmasına rağmen, 12 Eylül 2010 tarihinde halkoylaması sonucu kabul edilen Anayasa değişikliğiyle, Anayasanın 125. maddesinin 4. fıkrası değiştirilerek; yargı yetkisinin, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı belirtilmiştir. Kanımızca, yapılan bu değişiklikle, bir hukuk devletinde zaten bilinen hususların ilan edilmesi ereklenmemiştir. Bu değişiklikle ereklenen şey, İdareye idari işlemin amaç ögesi bakımından da takdir hakkı tanımak, yargının İdarenin takdir yetkisinin denetlemesini engellemek ve yargı denetimine bu şekilde bir kısıt ve koşul getirmektedir. Hukuk devleti ilkesini bundan daha ağır olarak tahrip edebilecek başka bir durum düşünülemez.

Hukuk devleti ilkesini tahrip eden başka bir durum yargı kararlarına uyulmamasıdır. Gerçekten de özellikle üst kademe yöneticilerinin görevden alınması ile özelleştirmenin iptali ve yürütmesinin durdurulması kararının gereğinin yerine getirilmemesi yönünde Türkiye’de adeta bir milli birlik ve beraberlik! sağlanmıştır. Çalışmanın oylumunu büyütmemek için yalnızca özelleştirme konusunda verilen yargı kararlarına uyulmaması konusunda açıklamalar yapılması uygun olacaktır.

Özelleştirmenin iptali ve yürütmenin durdurulması yönündeki yargı kararlarına geçmişte uyulmadığı<sup>89</sup> gibi günümüz de de uyulmamaktadır. Bu

---

<sup>87</sup> Fazla bilgi için bkz. Günday, 2003, s. 268-270.

<sup>88</sup> Krş. Günday, 2003, s. 269.

<sup>89</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. Özelleştirme Uygulamalarında Yolsuzluk ve Alınması Gereken Önlemler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 90, Yıl: 23, Eylül-Ekim 2010, s. 307-310.



konuda verilecek en yakın tarihli örnek, Bakanlar Kurulunun 2012/3240 sayılı kararıdır. Bu kararda, özelleştirme uygulamaları sonucunda nihai devir sözleşmesi imzalanarak devir ve teslim işlemleri tamamlanmış olan özelleştirme işlemleri hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasında ortaya çıkan fiili olanaksızlık nedeniyle;<sup>90</sup> Eti Alüminyum A.Ş.’nin %100 oranındaki hissesinin satış yöntemiyle özelleştirilmesi, Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.’ye ait Kuşadası Limanı ile çeşme Limanının işletme hakkı verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi, SEKA-Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları A.Ş.’ye ait Balıkesir İşletmesinin varlık satışı yöntemiyle özelleştirilmesi, Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.’nin %14.76 oranındaki hissesinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Toptan Satışlar pazarında satılması işlemlerini iptal eden yargı kararlarıyla ilgili olarak geriye ve ileriye yönelik herhangi bir işlem tesis edilmemesi ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca bu yönde yapılmış olan iş ve işlemlerin devam ettirilerek sonuçlandırılması kararlaştırılmıştır.<sup>91</sup>

Yukarıya aktarılan Bakanlar Kurulu kararı, bırakınız hukuk devleti ilkesine bir devletin “varlık nedenine” (raison d’être) bile aykırı düşmektedir. Çünkü bir devletin temel varlık nedeni, tarafsız olan yargının kararını yerine getirmek olduğundan, devir ve teslimi yapılmış olsa bile özelleştirilen kuruluşlar hakkında iptal kararlarının uygulanmayacağını savlamak devletin kuruluş kökenine aykırılık oluşturur. Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde bir takım açıklamaların yapılması uygun olacaktır.

Rousseau’nun belirttiği gibi bir devlet, sözleşme, bir diğer deyişle, toplum sözleşmesi (du contrat social) yoluyla kurulmuştur.<sup>92</sup> Rousseau’nun haklı ve isabetli olarak belirttiği üzere toplum sözleşmesiyle kurulan devletin egemenliğinin bir unsuru, Hobbes’in belirttiği gibi yargılama yetkisidir. Hobbes, yargılama yetkisinin, bir başka deyişle, toplumsal veya doğal hukukla veya olgularla ilgili olarak ortaya çıkabilecek bütün anlaşmazlıkları dinleyip çözüme bağlama yetkisinin, egemenliğin bir parçası olduğunu ifade etmektedir. Çünkü anlaşmazlıklar çözüme bağlanmaz ise çıkarılmış olan bütün yasalar boşunadır ve herkes kendini korumanın doğal ve gerekli isteğinden hareketle, kendini kendi gücüyle koruma hakkına sahip olmaya devam eder.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Bakanlar Kurulunun bu kararında “fiili olanaksızlık” kavramı, tam anlamıyla çarpıtılmıştır. Zira bu kavramdan söz edilebilmesi için fabrika veya varlığın maddi olarak ortadan kalkması gerekir. Fabrika veya varlıklar ortadan kalkmadığına göre fiili olanaksızlıktan bahsetmek tam anlamıyla bir çarpıtmadır.

<sup>91</sup> Karar için bkz. 12.6.2012 tarih ve 28321 sayılı R.G.

<sup>92</sup> Fazla bilgi için bkz. Rousseau, J.J. Toplum Sözleşmesi (Çeviren; Vedat Günyol), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2007, s. 14 vd.

<sup>93</sup> Fazla bilgi için bkz. Hobbes, T. Leviathan (Çeviren; Semih Lim), 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2008, s. 136 vd.

Rousseau ve Hobbes'in isabetli bir şekilde yapmış olduğu analizlerden anlaşılacağı üzere sosyal sözleşmeyle kurulmuş olan devletin tarafsız bir üçüncü kişi olarak uyuşmazlıkları çözmesi gerekmektedir. Çünkü insanlar, uyuşmazlıklarının tarafsız bir başvuru organı (yargılama makamı) tarafından çözülmesini istedikleri için devleti kurmuşlardır. Uyuşmazlığı çözen yargı kararının yerine getirilmesi devletin varlık nedeni olduğundan zamaşımına ve süreye tabi olmaksızın yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi işin doğası gereğidir. Özelleştirilen kuruluşların devir ve tesliminin yapılmasından sonra verilecek yargı kararlarının uygulanmayacağını savlamak, devletin kuruluş ereğinin açık bir şekilde inkâr edilmesinden başka bir anlam taşımaz. Hukuk devleti ilkesi açısından ise yargı kararının gereğinin yerine getirilmemesi düşünülemez. Hatta bir hukuk devletinde devlet yöneticilerinin yargı kararının gereğinin yerine getirilmemesini rüyalarında görseler kâbus diye uyanmaları gerekir. Türkiye'de yargı kararının yerine getirilmemesi, bırakınız kâbus olarak değerlendirilmeyi, utanma ve sıkılma olmadan Resmi Gazetede alenen ilan edilmektedir. Bu durumu Türkiye'de hukuk devleti ilkesinin, hatta devlet olmanın reddi anlamına geldiğini söyleyebilmek olanaklıdır.

### III-YARGININ BAĞIMSIZLIĞI İLKESİNDEN SAPMALAR

Yukarıda belirtildiği üzere Atatürk, yargının gerek dışa gerekse iç güçlere karşı bağımsızlığına özel bir önem ve öncelik vermiştir. Bu yüzden biz de konuyu iki ayrı başlık altında incelemeyi uygun görmekteyiz.

#### 1- Yargının Dış Bağımsızlığından Sapmalar

İlgili kısımda anlatıldığı üzere Atatürk, yargının dış bağımsızlığına oldukça fazla önem vermiştir.<sup>94</sup> Atatürk'ün yargının dışa karşı bağımsızlığında önem verdiği başka bir husus, yabancı sermayenin Türk kanunlarına uyması ve ona herhangi bir ayrıcalığın tanınmamasıdır. Nitekim Büyük Önder, 17 Şubat 1923 tarihindeki İzmir İktisat Kongresi Açış Söylevinde; Türk kanunlarına uyması koşuluyla, yabancı sermayeye daima gereken güvencenin verileceğini, yabancı sermayenin, önceden, ülkede ayrıcalıklı bir konuma sahip olduğunu, artık her uygar devlet gibi Türkiye'nin de buna izin vermeyeceğini, burayı esir ülkesi yaptırmayacağını ifade etmiştir.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> Ayrıca, Mustafa Kemal; Mart 1922 TBMM 1. Dönem 3. Yasama yılı açış konuşmasında; ulaşılmaması sonul ereğ olan tam bağımsızlık kavramı içerisinde adli bağımsızlığın bulunmasının da doğal olduğunu, bundan dolayı her bağımsız devletin ayrılmaz bir bütünü olan adalet dağıtım görevine kimsenin karıştırılmayacağını ifade etmiştir. Bu konuşma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atatürk ve Hukuk, s. 82.

<sup>95</sup> Bkz. Atatürk ve Hukuk, s. 106, Ayrıca bkz. Hafızoğulları, Z. İzmir-İktisat Kongresi Görüşler ve Değerlendirmeler in Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 1999, s. 361.

Atatürk'ün bu temel düşüncesinin tam aksine, yabancı sermayenin bekçiliğini yapmak ve çağcıl bir adli kapitülasyon olan uluslararası tahkime olanak tanımak üzere 1999 yılında, Anayasanın 47. 125. ve 155. maddesinde değişiklik yapılmış, bu anayasal düzenlemeler dışında, yasal bir takım düzenlemelerle de<sup>96</sup> kamu hizmeti sözleşmeleri açısından tahkime yer verilmiştir. Bu anayasal ve yasal düzenlemelerle, bir projenin finansmanında %1 oranında kredinin yabancı bir kefaletle alınması durumunda, yabancılık unsuru dolayısıyla kamu hizmetleriyle ilgili olarak yapılan bir sözleşme bakımından uluslararası tahkime gidilebilecektir ki bunun ne kadar gereksiz ve isabetsiz bir tutum oluşturduğu ve çağcıl bir adli kapitülasyona yol açtığı ortadadır. Aslında, tahkim, doğası gereği, kamu hizmetleri sözleşmelerinden değil, “malvarlığından kaynaklanan” uyuşmazlıkları çözmeye özgü bir kurumdur.<sup>97</sup>

Yine bir devlet, ülkesindeki egemenlik hakkının bir sonucu olarak yargı tekeline sahiptir. Yargı tekeline sahip olunan konuların başında kamu hizmetinden doğan uyuşmazlıklar geldiğinden bu uyuşmazlıklarda tahkime başvurulamaz.<sup>98</sup> Daha açıkça, ismi “uluslararası” olsa da “tahkim”in kendi kanalında akması, kamusal alana taşmaması gerekir. İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin kamusal alanı düzenlemesi, ülkenin ve tüm yurttaşların kaderini ilgilendirmesi nedeniyle “uluslararası tahkim”in dışında tutulması zorunludur. Bu tür sözleşmelerin, Ağustos 1999 tarihinde yapılan anayasa değişiklikleriyle uluslararası tahkime tabi kılınması, adli kapitülasyonların geri getirilmesi anlamını taşımaktadır.<sup>99</sup>

## 2- Yargının İç Bağımsızlığından Sapmalar

Bir ülkenin içerisinde yargının bağımsız ve müstakil bir erk olarak düzenlenmesi, demokrasinin olmazsa olmaz (conditio sine quo non) koşuludur.<sup>100</sup> Ancak Anayasanın 9. maddesinde yargı yetkisinin bağımsız bir erk olduğu ifade edilmesine rağmen, Türkiye’de yargının bağımsızlığı konusunda derin sorunların bulunduğunu belirtmek gerekir.<sup>101</sup>

<sup>96</sup> 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun ile 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu.

<sup>97</sup> Krş. Dursun, Nasıl Bir Yargı Reformu, s. 170 dip not 36.

<sup>98</sup> Krş. Üstündağ, S. Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim in Yargı Reformu 2000 Sempozyum, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s. 294, 299.

<sup>99</sup> Krş. Turan, Ç. Sözleşme Özgürlüğü, Küreselleşme ve Uluslararası Tahkim in Yargı Reformu 2000 Sempozyum, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s. 265.

<sup>100</sup> Bkz. Dursun, Nasıl Bir Yargı Reformu, s. 16.

<sup>101</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi ve çözüm önerileri için bkz. Dursun, H. Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 80, Ocak-Şubat 2009, s. 56-102.

Aslında Beccaria'nın belirttiği üzere, yargının bağımsız ve müstakil bir erk olarak düzenlenmesinde mantıksal bir zorunluluk vardır. Düşünür, hem yasa koyucu hem de yargıç olma hakkının sadece Tanrı'ya ait olduğunu, çünkü aynı anda her iki görevi birden sadece Tanrı'nın yapabileceğini ifade etmiştir.<sup>102</sup> İşte bu mantıksal zorunluluk doğrultusunda Türkiye'de yargının bağımsızlığının sağlama doğrultusunda yoğun bir çaba gösterilmesi gerekirken tam aksi yönde otoriter bir eğilim bulunmakta ve bu durum zaten yeterli bir şekilde bağımsız ve nesnel olmayan yargının durumunu daha da berbat bir hale getirmektedir. Gerçekten de, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylamasıyla Anayasanın 146. maddesi değiştirilerek, iktidarın kendisine yakın kişileri Anayasa Mahkemesine atamasının yolu açılmış, 159. maddesi değiştirilerek de yargıç ve savcıların terfi, atanma, nakil ve özlük işleri bakımından tek yetkili olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunu iktidarın ele geçirebilmesinin önü açılmıştır. Yargının bağımsızlığı ve nesnellğine karşı yöneltilen bu tutumun ülkede demokrasiden bahsedilmesini güçleştirdiği ortadadır. Çünkü 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylamasıyla yapılan anayasal değişiklikler sonucu mahkemelerin yürütme önünde bağımsızlığı neredeyse yok olmuş,<sup>103</sup> bu durum ise mahkemelerin idare üzerine gereği gibi yargısal denetim yapmalarını güçleştirmiştir. İdarenin tasarruflarının etkin bir yargısal denetimle denetlenememesi, demokrasinin tahrip edilmesi bakımından en önemli bir silahı oluşturduğu unutulmamalıdır.

## SONUÇ

Bu çalışmadan anlaşılacağı üzere, Türk hukuk devriminden sapmalar oldukça derin boyutludur. Bunun önlenmesi için hukuk reformu sürecine girilmesi mutlak bir zorunluluktur. Şu husus unutulmamalıdır ki, reform,

<sup>102</sup> Beccaria, C. Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çeviren; Sami Selçuk), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2004, s. 32.

<sup>103</sup> Örneğin, 12 Eylül 2010 tarihinden sonra Adalet Bakanlığı tarafından şekillendirilen yeni HSYK'nın icraatlarından birisini, 16 Aralık 2010 tarihinde yapılacak olan "Balyoz Davası"nın ilk duruşmasına 2 gün kala davaya bakacak olan mahkemenin başkanı Zafer Başkurt'u Kocaeli'nin Gebze ilçesine ataması oluşturmuştur. Bkz. <http://www.ntvmsnbc.com/id/25160251/print/1/displaymode/1098>, Erişim Tarihi, 25.1.2011). Yine Deniz Feneri e. V davasının soruşturmasını yürüten savcılar hakkında HSYK'nın inceleme başlatması ve iki müfettişi görevlendirmesi üzerine Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca söz konusu savcılar görevden alınmış (Bkz. 26.8.2011 tarihli Radikal Gazetesi), savcıların görevden alınması üzerine Deniz Feneri e. V davası ortada kalmıştır. Daha somut bir deyişle, söz konusu dava hakkında Ankara'nın iki ağır ceza mahkemesi ve İstanbul Başsavcılığı kendilerini yetkisiz görmüşlerdir. (Bkz. 21.4.2012 tarihli Radikal Gazetesi). Kanımızca bu yetkisizlik kararlarında, siyasi nitelik taşıyan söz konusu davada yargı mensuplarının sorumluluk almama düşünceleri de etkili olmuştur. Bu örnekler, Türkiye'de yargı bağımsızlığının büyük bir tehlike altında olduğunu apaçık bir şekilde göstermektedir.

olgusal alanda “var olanı” değil, “olması gerekeni” dile getirir. Olgusal gerçeklikte ve örf ve adetler doğrultusunda, örneğin, halk, salt imam nikâhına itibar edip buna karşın, medeni nikâha karşı kayıtsız kalıyorsa, reformcular, bu gerçekliğin karşısında boyun eğerek, salt imam nikâhının korunmasını ve geçerli olmasını savunamazlar. Çünkü reform süreci, olanı değil, olan karşısında olması gerekeni belirler. Reformcular, bu olgusal gerçekliği düzeltici önlemler alarak medeni nikâhın temel olduğu bir anlayışı halka yerleştirmek zorundadırlar.<sup>104</sup>

Kanımızca, Türk hukuk devriminden sapmaların temel kaynağını, Cumhuriyet Türkiye’sinin kuruluşuna egemen olan ruhun kavranamaması oluşturmaktadır. Gerçekten de yeni Türkiye’nin temel taşları Avrupa kültür ocağından çıkartılmış olup, Avrupa kültürünün bir kısmını oluşturan batı hukuku da İsviçre, Almanya ve İtalya’dan alınan kanunlarla Türkiye’de yerleşmiştir. Bu kanunlar ise binlerce yıl süren fikri bir gelişimin eseri olarak hümanizma ruhuna<sup>105</sup> dayanmaktadır. Bu açıdan, Türk çağcıl hukukunu kavrayabilmek ve gerektiği gibi uygulayabilmek için yasa normlarından başka, bunlara egemen olan ruhu belirten görüşleri de benimsemek gerekmektedir.<sup>106</sup> Bu bağlamda Atatürk döneminde yapılan tüm devrimlerin olduğu gibi hukuk devriminin de temel ereği “çağdaş uygarlık düzeyine” ulaşmaktır. Atatürk, çağdaş uygarlıktan bahsederken Batı medeniyetini kastetmiş ve söz konusu medeniyeti salt Batılıların malı olarak görmemiştir. Aslında Batı medeniyeti; Türkiye’deki yobaz çevrelerin ileri sürdükleri gibi “hristiyanların malı” olmayıp, akılcı ve insancıl niteliklere sahip olup, bütün insanların ortak malıdır.<sup>107</sup>

Bu çalışmayı bitirirken önemli bir hususa vurgu yapmak uygun olacaktır. Toplumun hayli geniş bir kesimi kapsayabilen bir kısım üyeleri, belirli bir zamanda siyasal iktidarı elinde bulunduran kişilere veya partiye karşı olabilirler. Ancak bu tutum, onların siyasal dizgeye karşı oldukları anlamını taşımaz. İktidarı kullananların tutumlarına ve izledikleri politikaya karşı olmak başka bir şey, doğrudan doğruya iktidar tipine, kısacası, siyasal sisteme karşı olmak başka bir şeydir. Birinci durumda, *rejim içerisinde* bir siyasal mücadele söz konusu iken, ikinci durumda, Duverger’in deyişiyle, *rejim üzerinde* siyasal mücadele olur.<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> Krş. Can, C. Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 140-141.

<sup>105</sup> İnsanlık idesine.

<sup>106</sup> Hırş, E. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Üçüncü Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 1.

<sup>107</sup> Kapani, M. Kamu Hürriyetleri, Yenilenmiş Beşinci Baskı, AÜHFY No. 392, Ankara 1976, s. 105.

<sup>108</sup> Kapani, M. Politika Bilimine Giriş, İkinci Baskı, AÜHFY No. 431, Ankara 1978, s. 64.

Türk hukuk devriminden sapmaların, siyasal savaşım niteliğini taşıyarak *rejim üzerinde* olduğu, bir başka deyişle, yaşanan çatışmanın temel değerlere ilişkin olduğu, ihlal edilen temel değerlerin, hukuk devleti, demokrasi ve laiklik olduğu ortadadır. Hukuk devleti, demokrasi ve laiklik gibi temel değerlerin ihlal edildiği bu durumların, toplumda kutuplaşma, bölünme ve gerginliğe yol açılabileceğini ve bu durumun toplumsal yapıyı risk ve tehdit altına koyabileceğini, hatta Türk toplumunu geçmişte bolca örnekleri bulunan derin uçurumlara sürükleyebileceğini savlamak olanaklıdır.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Temel değerlere yönelik çatışmanın yıkıcı sonuçları konusunda bilgi için bkz. Dursun, H. Çatışma Kuramı Açısından Hukuk ve Kuramın Hipotezlerinin Türk Hukukuna Yansıması Konusunda İki Örnek, s. 234-235.

## KAYNAKÇA

- Akıntürk, T. **Aile Hukuku**, İkinci Bası, AÜHFY No. : 364, Ankara 1975.
- Akipek, J. **Türk Medeni Hukuku Cilt I Cüz I**, AÜHFY No. 314, Ankara 1966.
- Atatürk ve Hukuk** (Derleyenler; Ender Tiftikçi ve Mehmet Tiftikçi), Yargıtay Yayınları No: 27, Ankara 1999.
- Ayiter N. ve Kılıçoğlu A. **Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 1989.
- Balta, T.B. **İdare Hukukuna Giriş**, TODAİE Yayınları No: 117, Ankara 1968-1970.
- Beccaria, C. **Suçlar ve Cezalar Hakkında** (Çeviren; Sami Selçuk), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2004.
- Bozkurt, G. Atatürk'ün Hukuk Alanında Getirdikleri, **Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi**, Cilt VIII, Sayı: 22, Kasım 1991.
- Can, C. **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- Civelek Y ve Koç İ. **Türkiye'de "İmam Nikahı"** (<http://www.sderg.hacettepe.edu.tr/ycik.pdf>, Erişim Tarihi, 20.9.2012).
- Demirağ, F. **Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu**, 2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2007.
- Dönmezer, S. Toplumsal Değişme ve Atatürk İnkılapları, **Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi**, Cilt VII, Sayı: 19, Kasım 1990.
- Dursun, H. Çatışma Kuramı Açısından Hukuk ve Kuramın Hipotezlerinin Türk Hukukuna Yansıması Konusunda İki Örnek, **Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt 2**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.
- **Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 80, Ocak-Şubat 2009.
- **Nasıl Bir Yargı Reformu**, Adalet Yayınları, Ankara 2009.
- **Özelleştirme Uygulamalarında Yolsuzluk ve Alınması Gereken Önlemler**, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 90, Yıl: 23, Eylül-Ekim 2010.
- Edis, S. **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, AÜHFY No: 473, Ankara 1983.
- Erem, F. **Hürriyet ve Suç**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından, Ankara 1952.
- **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt: III**, Üçüncü Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985.
- Gönenç, L. Siyaset Bilimi ve Anayasalar, **AÜSBFD**, C. 54, S. 3, 1999.
- Günday, M. **İdare Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2003.
- **İdare Hukuku**, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.

- Hafizoğulları, Z. Laiklik ve TCK'nun 163. Maddesi Üzerine, **AÜSBFD**, Cilt: XLII, No:1-4, Ocak-Aralık 1987.
- İzmir-İktisat Kongresi Görüşler ve Değerlendirmeler in **Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 1999.
- Hirş, E. **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Üçüncü Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001.
- Hobbes, T. **Leviathan** (Çeviren; Semih Lim), 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2008,
- İnan, A.N. **Fıli Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Tesciline Dair Kanun, Yönetmelik ve Sözleşmeler**, AÜHFY No.204, Ankara 1965.
- İslam, N. L. **Hukuk Reformu ve Stratejisi Üzerinde Genel Görüşler**, Türkiye Barolar Birliğinin Düzenlediği Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğ, Ankara 1971 (Ayrı Bası).
- Kapani, M. **Kamu Hürriyetleri**, Yenilenmiş Beşinci Baskı, AÜHFY No. 392, Ankara 1976.
- **Politika Bilimine Giriş**, İkinci Baskı, AÜHFY No. 431, Ankara 1978.
- **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Yenilenmiş Üçüncü Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara 1996.
- Lewis, B. **Modern Türkiye'nin Doğuşu** (Çeviren; Metin Kıratlı), 10. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2007.
- Mumcu, A. **Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi**, Üçüncü Baskı, AÜHFY No.352, Ankara 1974.
- Özbudun, E. **Türk Anayasa Hukuku**, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1988.
- Özek, Ç. **Türkiyede Laiklik**, İÜHF No. 200, İstanbul 1962.
- Rousseau, J.J. **Toplum Sözleşmesi** (Çeviren; Vedat Günyol), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2007.
- Soyaslan, D. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- Soysal, M. **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1987.
- Toroslu, N. **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, V Yayınları, Ankara 1987.
- Tosun, Ö. Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan, İÜHFM, Cilt 27, Sayı 1-4, 1961.
- Turan, Ç. Sözleşme Özgürlüğü, Küreselleşme ve Uluslararası Tahkim in **Yargı Reformu 2000 Sempozyum**, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000.
- Tüzün, N. Atatürk İlkelerinde Laiklik, **Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi**, Cilt IV, Sayı: 10, Kasım 1987.
- Üstündağ, S. Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim in **Yargı Reformu 2000 Sempozyum**, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000.



## **CEZA HUKUKU VE ZORLA EVLENDİRME\***

**Yrd. Doç. Dr. Meral EKİCİ ŞAHİN\*\***

### **I. GİRİŞ**

Aile, resmi merciler önünde yapılan ve tarafların özgür iradelerine, geçerli rızalarına dayanan evlilik sözleşmesi ile kurulur. Evlenme çağına gelen her erkek ve kadının evlenme, aile kurma ve eşini seçme hakkı vardır. Birey bu hakkını evlenmeyi düzenleyen ulusal yasalar çerçevesinde kullanır. Evlenme ve eşini seçme hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 12, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi m. 23 ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 16 ile uluslararası hukuk tarafından güvence altına alınmıştır. İç hukukumuzda da Anayasa'nın 41. maddesi ve Türk Medeni Kanunu'nun 118 vd. maddelerinde bu hakkın yansımaları görülmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 16. maddesine göre; *“yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurmaya hakkı vardır. Evlenme sözleşmesi, ancak evleneceklerin özgür ve tam iradeleriyle yapılır”*. Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin ailenin korunması başlığını taşıyan 23. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında: *“(2)Evlilik çağındaki her erkek ve kadının evlenme ve aile kurma hakkı hukuk tarafından tanınır. (3) Evlenecek eşlerin tam ve serbest iradeleri ile kurulmayan bir evlilik geçerli sayılmaz”* denmiştir. Aynı şekilde 1979'da imzalanan Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin (CEDAW) 16. maddesinde, özgür olarak eş seçme ve serbest ve tam rıza ile evlenmenin erkekler gibi, kadınların da hakkı olduğu vurgulanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise çocuğun erken yaşta nişanlanmasının veya evlenmesinin hiçbir şekilde kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre; evlenmek ve aile kurmak her insanın sahip olduğu bir haktır, hiç kimse istemediği bir evliliği gerçekleştirmeye zorlanamaz ve çocuk yaşta yapılan evliliklere devletler müsamaha göstermemelidir.

\* Bu makalenin hazırlanmasında Erzincan Üniversitesi BAP kaynaklarından yararlanılmıştır.

\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

Ne yazık ki, ülkemizde evliliklerin kişilerin özgür iradesiyle gerçekleştirildiğini veya mevcut evliliklerin isteyerek sürdürüldüğünü söylemek her zaman mümkün değildir. Zorla evlendirme fiillerinde mağdurlar genellikle kadındır, ancak nadir de olsa erkeklerin de istemedikleri bir evliliği gerçekleştirmeye zorlanması söz konusu olabilmektedir<sup>1</sup>. Getirdiği pek çok sosyal ve psikolojik problemin yanında, kişinin zorla evlendirilmesi veya sona erdirmek istediği bir evliliği sürdürmeye zorlanması, bütün dünyanın olduğu gibi ülkemizin de önemli bir insan hakları sorunudur. Kişinin irade özgürlüğünü hedef alan zorla evlendirme, aynı zamanda toplumun temelini oluşturan aile kurumunun, sağlıklı bir şekilde kurulmasının önünde de önemli bir engeldir.

Zorla evlendirmenin Türkiye’de yaygın olduğu tahmin edilmekle birlikte, sorunun boyutları ve yaygınlığını konu edinen ayrıntılı ve kapsamlı bir bilimsel çalışmaya bu makale kapsamında yaptığımız araştırmalarda rastlanmamıştır<sup>2</sup>. Ancak, Almanya’nın Berlin Eyaleti’nde aralarında göçmen çocukların gittiği okulların, çocuk mahkemelerinin, gençlik bürolarının bulunduğu yaklaşık 200 kamu kurumunda yapılan araştırmada, 2004 yılında, yaklaşık 300 zorla evlendirme ve 30 nişanlanma vakasına rastlanmıştır<sup>3</sup>. Berlin’de faaliyet gösteren kriz merkezi Papatya’nın verilerine göre ise, 2002- 2004 yılları arasında merkeze başvuran çoğunluğu 18 yaşından küçük

<sup>1</sup> İngiltere’de 2010 yılında gerçekleşen 1735 zorla evlendirme vakasında, kurbanların %86’sı kadinken, %14’ünün erkek olduğu ortaya çıkmıştır. İngiliz İçişleri Bakanlığı zorla evliliği özel bir suç kapsamına almak için bir çalışma başlatmıştır. Bkz. ELÇİ, Mehmet Harun/BOZOKLU, Saide, Dünyadan Hukuk Haber, İngiltere’de Zorla Evliliğe Ceza, ESAS Aylık Hukuk Dergisi, Aralık 2011, s. 34. İskoçya’da 27 Nisan 2011 tarihinde yürürlüğe giren, “Zorla Evlendirme, Koruma ve Yargılama Kanunu”nun 9. maddesiyle, zorla evlendirme ayrı bir suç olarak düzenlenmiş ve faillere 12 aya kadar hapis veya para cezası veya her iki cezanın birlikte verilebileceği öngörülmüştür. Bkz. <http://www.legislation.gov.uk> (erişim tarihi: 26.09.2012).

<sup>2</sup> Konuya ilişkin dolaylı bilgiler veren kaynakların, ortaya koyduğu sayısal veriler tutarlı değildir. Örneğin: T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü’nün “Türkiye’de Aile Değerleri Araştırması” verilerine göre; araştırmaya katılanların %24,9’u görücü usulü olmakla birlikte, kendi kararlarıyla; %24,1’i ise görücü usulüyle, ancak tamamen ailenin verdiği kararla evlendiklerini bildirmişlerdir. Bu veriden Türkiye’de gerçekleşmiş olan evliliklerin yaklaşık %24,1’lik bir kesiminde, evlenecek kişilerin iradelerinin dikkate alınmadığı, yani zorla evlendirildikleri ortaya çıkmaktadır. Bkz. T.C. Başbakanlık Aile Ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Türkiye’de Aile Değerleri Araştırması, 1. Basım Ankara 2010, s. 52. Aynı Genel Müdürlüğün yaptığı, bir başka araştırma ise, Türkiye’de evliliklerin %61’inin bireylerin kararı ve ailelerin onayıyla gerçekleşirken, %31’inin yalnızca ailenin kararıyla gerçekleştirildiğini ortaya koymuştur. Bkz. T.C. Başbakanlık Aile Ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, “Türkiye’de Aile Yapısı Araştırması 2006” Ankara 2010, Birinci Basım, İstanbul 2010, s. 34.

<sup>3</sup> SCHUBERT, Karin/ MOEBIUS, Isabella, Zwansheirat- Mehr Als nur ein Straftatbestand: Neue Wege zum Schutz der Opfer, ZRP 2006, s. 34.

kadınların yaklaşık %52'si istemedikleri bir evliliği gerçekleştirmeye zorlandıklarını bildirmişlerdir. Yine Almanya'da faaliyet gösteren bir başka kriz merkezinin verilerine göre, Almanya'da her yıl çoğunluğu Türkiye kökenli yaklaşık 1000 kadın veya genç kız ailesi tarafından zorla evlendirilmek istendiği gerekçesiyle, kriz merkezlerine başvurmaktadır<sup>4</sup>. Ancak, gerçek rakamların bundan çok daha yüksek olduğu herkes tarafından kabul edilmektedir. UNICEF'in dünya çapında yaptığı araştırmalara göre; her yıl dünya genelinde milyonlarca kız çocuğu, buluş çağına girmeden veya girdikten hemen sonra evlendiriliyor<sup>5</sup>. Almanya'da yaşayan mağdurların, aile baskısından korktukları, dil bilmedikleri, ekonomik özgürlükleri olmadığı veya çevre tarafından kınanıp, dışlanacakları endişesi taşıdıkları için, resmi makamlara başvurmadığı; bu nedenle pek çok vakanın ortaya çıkmadığı, gizli kaldığı tahmin edilmektedir<sup>6</sup>. Bu rakamlar buzdağının görünen yüzünü yansıtırken, görünmeyen yüzünü oluşturan rakamların bundan çok daha büyük olduğu düşünülmektedir. Almanya'da zorla evlendirme vakalarının resmi rakamlara yansımaya engel olan, yukarıda örnekleyerek saydığımız bu nedenler, büyük ölçüde Türkiye açısından da geçerlidir. Ayrıca Türkiye'de mağdurlara yeterli hukuki ve ekonomik korumanın sağlanamaması, zorla evlendirme olaylarının görünürlüğünü ve bilinirliğinin önemli ölçüde negatif yönde etkilemektedir.

Bir insan hakları sorunu ve Birleşmiş Milletler tarafından köleliğin modern dünyadaki görünümü olarak tarif edilen<sup>7</sup> zorla evlendirmeye karşı hukuk alanında yapılan mücadele, Türk hukukunda özel hukuk yaptırımlarıyla sınırlıdır. Medeni Kanun'a göre kişi cebir veya tehditle evlenmeye zorlanmış veya hileyle evliliğe ikna edilmişse, yapılan evlilik sözleşmesi geçerli değildir. MK m. 149, m. 150 ve m. 151 gereğince iradenin sakatlandığı hallerde yapılan evlilikler, iptal edilebilir. Ancak zorla evlendirmeyi cezai yaptırıma bağlayan bir norma ne Türk Ceza Kanunu'nda, ne de özel ceza kanunlarında yer verilmiştir.

Ceza Kanunu'nda zorla evlendirmeyi suç haline getiren özel bir düzenleme yapmaya gerek olup olmadığı kanaatimizce tartışılması gereken bir konudur. Şüphesiz ki, kanun koyucu benimseyeceği suç politikasına göre kişinin evlenme, eşini seçme ve aile kurma hakkını, cezai himaye gerektiren

---

<sup>4</sup> EISELE, Jörg/ MAJER, Christian F, Strafbarkeit der Zwangsheirat nach §237 StGB im Lichte des Internationalen Straf- und Privatrechts, NSTZ 2011, s. 547.

<sup>5</sup> Bkz. UNICEF, Early Marriage: A Harmful Traditional Practice, 2005. Aktaran: SCHUBERT/MOEBIUS, s. 34.

<sup>6</sup> Bkz. EISELE/ MAJER, s. 547.

<sup>7</sup> SERING, Christian, Das neue "Zwangsheirat- Bekämpfungsgesetz", in NJW 2011, s. 2161; LETZGUS, Klaus, Strafrechtliche Bekämpfung der Zwangsheirat, in PUPPE- FS, Berlin 2011, s. 1233.

bir hukuksal değer olarak tanıyıp tanımamakta ve zorla evlendirmeyi suç olarak düzenleyip düzenlememekte serbesttir. Ancak kadına karşı her türlü ayrımcılığın ve şiddetin önlenmesi konusunda samimi olma iddiasında olan bir devletin, temel bir insan hakkı olan evlenme özgürlüğünün korunmasında, özel hukuk yaptırımlarıyla yetinmesi beklenemez. Kadına karşı şiddetle etkin bir şekilde mücadele edilmek isteniyorsa, zorla evlendirme konusunda da caydırıcı yasal düzenlemelerin yapılması zorunludur<sup>8</sup>.

Avrupa Birliği, kadına karşı şiddet ve bunun bir yansıması olarak gördüğü zorla evlendirme konusunda büyük bir hassasiyet göstermektedir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi 2002- 2005 yılları arasında üye devletlere, zorla evlendirme ve çocuk evliliklerinin önlenmesi için, iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapmalarını tavsiye eden 11 farklı karar almış ve üye devletlere bu konuda gerekli düzenlemeleri yapmaları için 2006 yılı sonuna kadar süre tanımıştır<sup>9</sup>. Bu tavsiye kararını dikkate alan Norveç, Almanya, Avusturya gibi üye devletler ceza kanunlarında zorla evlendirmeyi cezai yaptırıma bağlayan çeşitli düzenlemeler yapmışlardır.

Konuya ilişkin en güncel uluslararası hukuki belge, 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzalanan "*Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*"dir. Türkiye'nin de taraf olduğu<sup>10</sup> bu Sözleşme'nin "*zorla evlendirme*" başlığını taşıyan 37. maddesine göre:

---

<sup>8</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 09.06.2009 tarihinde Nahide Opuz'un 33401/02 numaralı başvurusu üzerine Türkiye'yi Sözleşme'nin yaşam hakkını koruyan 2., işkence ve kötü muameleyi yasaklayan 3. ve her türlü ayrımcılığın yanında cinsiyete dayalı ayrımcılığı da yasaklayan 14. maddelerini ihlal etmekten 30000 Euro para cezasına mahkûm etmiştir. Söz konusu karara konu olan olaylar zinciri şu şekilde gelişmiştir: Nahide Opuz, bir aile içi şiddet mağdurudur. Kocası kendisini defalarca dövmüş, bıçakla yaralamış, kendisini ve annesini sürekli olarak tehdit etmiştir. Opuz ve annesi, adli makamlara defalarca başvurmasına rağmen, korunmaları için gerekli tedbirler alınmaz. En sonunda Opuz'un kocası, annesini yani eski kayın validesini öldürmüştür. Eski eşi hapisten çıktıktan sonra Nahide Opuz koruma talep etmiş, ancak etkin tedbirler alınmamıştır. Nahide Opuz'un başvurusu üzerine Mahkeme, devletin istemeden de olsa, kadına yönelik şiddeti önleyememesini, kadınların hukuk önünde eşit muamele görme haklarının ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu karar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, kadına karşı her türlü şiddetin önlenmesi için devletlerin gerekli düzenlemeleri yapmasını istediğini gösterir. Şüphesiz bu tedbirlerden biri de, genelde bireyin özelde kadının evlenme ve eşini seçme hakkını ihlal eden her türlü baskı ve zorlamanın yasaklanması olmalıdır. Mahkemenin kararı için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihgoster.asp?id=11304> (erişim tarihi: 25.09.2012); ayrıca bkz. [www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/opuz2009.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/opuz2009.pdf) (erişim tarihi: 10.10.2012).

<sup>9</sup> LETZGUS, s. 1233.

<sup>10</sup> 24.11.2011 tarihinde 6251 Sayılı Kanunla TBMM tarafından onaylanması uygun bulunan Sözleşme, 08.03.2012 tarih ve 28227 Sayılı Mükerrer Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

“(1) Taraflar yetişkin bir bireyi veya çocuğu evlenmeye zorlayan kasıtlı davranışların suç sayılmasını sağlamak üzere hukuki ve diğer tedbirleri alır.

(2) Taraflar, yetişkin bir bireyi veya çocuğu evlenmeye zorlamak amacıyla, kendi ikamet yeri dışında diğer bir ülke veya Taraf devletin topraklarına çekmeye ilişkin kasti davranışların suç sayılmasını sağlamak üzere gerekli tedbirleri alır.”

Türkiye, onaylayarak taraf olduğu bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine uygun cezai düzenlemeleri henüz yapmamıştır. Ancak zorla evlendirmeye mücadele etmek için cezai tedbirler de dâhil, gerekli yasal değişiklikleri yapmak Avrupa ülkeleri açısından olduğu kadar Türkiye açısından da bir zorunluluktur. Bu tespitten hareketle esas itibariyle çalışmamızda, TCK’da yer alan mevcut suç tiplerinin, zorla evlendirmenin cezalandırılabilmesi için yeterli olup olmayacağı, bu konuda kanunda bir boşluk bulunup bulunmadığı, dolayısıyla “*Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*”nden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için, yeni bir suç tipinin ihdas edilmesine gerek olup olmadığı incelenecektir. Ancak öncesinde kısaca zorla evlendirme kavramını ve karşılaştırmalı hukuktaki durumu açıklamak gerekmektedir.

## II. ZORLA EVLENDİRME KAVRAMI

Zorla evlendirme, çoğunlukla kız, kısmen de erkek çocuklarının kendi geleceklerini belirleme haklarının olduğunu kabul etmek istemeyen, geleneksel, ataerkil (pederşahi) aile yapısına özgü bir olgudur<sup>11</sup>. Aile içinde genellikle cebir veya tehdit ile cereyan eden, baskıyla yürütülen bir süreçtir. Bu haliyle aile içi şiddetin bir görünümüdür. Aile bireyleri, kişiyi istemediği bir evliliğe zorlamak amacıyla fiziksel, psikolojik ve ekonomik şiddetin yanında, sosyokültürel<sup>12</sup> şiddet de uygularlar. Kişiye evlenmesi için yapılan baskı, hayatın bütün alanlarına ilişkin olabilir. Örneğin: kişinin yaşam tarzına müdahale etmek, hareket özgürlüğünü kısıtlamak, aile ve akraba çevresinden dışlamak, sair onur kırıcı davranışlarda bulunmak veya en ağır biçimiyle namus saikiyle ölümle tehdit etmek<sup>13</sup>. Zorla evlendirmede cebir kullanma, tehdit etme, aldatma, kaçırma, alıkoyma gibi kişinin beden bütünlüğü ve hürriyetine yönelik saldırıların yanında; ailenin sosyal olarak ayakta kalmasının, onurunun, itibarının veya namusunun tehlikede olduğundan bahisle mağdurun üzerinde duygusal baskı kurulması veya

<sup>11</sup> SERING, s. 2161.

<sup>12</sup> LETZGUS, s. 1231.

<sup>13</sup> SERING, s. 2161.

sosyal ve aile çevresinden dışlanacağı tehdidi gibi, çok değişik zorlama yöntemlerine başvurulur<sup>14</sup>.

Sosyolojik açıdan bakıldığında, zorla evlendirmenin farklı nedenlerinin olduğu görülmektedir. Bu nedenler, genellikle kültürel ve ekonomiktir<sup>15</sup>. Zorla evlendirmenin belli başlı ekonomik nedenleri; yoksul ailelerde kız çocuklarının ekonomik bir yük olarak görülmesi, kızların aileye gelir sağlamak veya ailenin sınıfsal durumunu güçlendirmek amacıyla evliliğe zorlanması, mirasın bölünmesinin önüne geçilmek istenmesi veya bazı yörelerde olduğu gibi ailenin erkek üyelerinin evliliği karşılığında, başlık parası yerine karşılıklı kız alıp verme sayılabilir. Zorla evlendirmenin öne çıkan kültürel nedenleri ise; çocuklarının kiminle evleneceğine karar verme hakkının ana- babaya ait bir hak olduğu ve çocukların geleceğine ilişkin en doğru kararı ana- babanın vereceği kanaati, kız çocukların bekâreti ve ailenin kadın üyelerinin cinselliği üzerinden tanımlanan bir namus ve aile onuru anlayışı, kız çocuklarının iyi bir evlilik yapmasını engelleyecek cinsel içerikli bir dedikodu çıkacağı korkusu, ailelerin çocuklarını kendi kültürel çevreleri içinde tutmak istemeleridir<sup>16</sup>.

Bununla birlikte, zorla evlendirmenin ne olduğuna ilişkin genel bir tanım bulunmamaktadır. Ancak, bir evlilik eşlerden en azından birine uygulanan cebir, ağır bir kötülük tehdidi veya karşı koyamayacağı başkaca bir zorlama aracıyla, kişinin gerçek iradesine aykırı olarak gerçekleştirilmişse, kişinin özgür iradesine, geçerli rızasına dayanmaz. Bu şekilde yapılan bir evlilik gönüllü değil, zorla gerçekleştirilen bir evliliktir. Aynı şekilde eşlerden birinin boşanmak istemesine rağmen, diğer eş veya üçüncü bir kişi tarafından evliliği sürdürmeye zorlanması, boşanmasına izin verilmemesi halinde de zorla yürütülen bir evlilik söz konusudur<sup>17</sup>. Bu nedenle “zorla evlendirme” kavramına, yalnızca evliliğin kuruluş aşamasında baskı ve zor kullanılması durumu değil, aynı zamanda evliliğin devamında, istenmeyen bir evliliğin sürdürülmesi konusunda zorlanması veya baskı yapılması da dahildir.

Zorla evlendirme ve görücü usulü evlilik kavramları genellikle birbirine karıştırılmaktadır. Zorla evlendirme, çoğu zaman görücü usulüyle yapılan

---

<sup>14</sup> ERBAYDER PAKSOY, Nüket, Erken Yaşta (Zorla) Evlendirme, [http://www.docstoc.com/docs/105295408/Erken-Yasta-\(Zorla\)-Evlendirme](http://www.docstoc.com/docs/105295408/Erken-Yasta-(Zorla)-Evlendirme), s. 6 (Erişim Tarihi: 25.07.2012)

<sup>15</sup> ERBAYDER PAKSOY, s. 7.

<sup>16</sup> ERBAYDER PAKSOY, s. 7.

<sup>17</sup> Bkz. EISELE/ MAJER, s. 546; MEIER, Yvonne, Zwangsheirat- Rechtslage in der Schweiz, Rechtsvergleich mit Deutschland und Österreich, 2010, <http://siwisslex.at> (erişim tarihi: 13.03.2012), s. 20; LETZGUS, s.1 231.

evliliklerde görülür, ancak görücü usulüyle yapılan evlilik ve zorla evlendirme kavramları birbiriyle tamamen örtüşmez<sup>18</sup>. Nitekim, yapılan araştırmalar görücü usulüyle yapılan evliliklerin, her zaman zorla gerçekleştirilmediğini ortaya koymaktadır. Geçmişte olduğu gibi günümüzde de pek çok genç birey, görücü usulüyle yapılan evliliklere sıcak bakmakta ve eş adaylarının üçüncü kişiler tarafından belirlenmesine rıza göstermektedir<sup>19</sup>.

Görücü usulü evlilik ve zorla evlendirme kavramları arasındaki fark şu şekilde ortaya konabilir: Görücü usulüyle yapılan evlilikte evliliğe akrabalar veya tanıdıklar aracılık eder, eş olarak belirlenen adayı aile seçer. Bu nedenle, görücü usulüyle yapılan evlilikte, eş adayının belirlenmesi, ailelerin tanışması, adayın onaylanması ve evlilik kararının verilmesi kolektif bir süreçtir. Ancak evlenecek olan kişinin, aile tarafından seçilen eş adayını onaylamaya olduğu kadar, reddetmeye de hakkı vardır. Hatta kişi evlenme düşüncesine bütünüyle karşı koyabilir. Dolayısıyla, görücü usulüyle yapılan evliliklerde son karar evlenecek olan kişiye bırakılır<sup>20</sup>. Buna karşın zorla evlendirmede, evlenecek olan kişiye, eş adayının belirlenmesine etki etme yani eşini seçme hakkı tanınmaz. Zorla evlendirmede ayrıca, kişinin evliliğe karşı çıkma yani evlenmeyi reddetme hakkı da yoktur<sup>21</sup>.

Evlenecek olan kişinin evlilik konusundaki itirazları dikkate alındığı sürece, görücü usulüyle yapılan evlilikler, zorla evlendirme olarak değerlendirilemez<sup>22</sup>. Ancak görücü usulü başlayan bir evlilik süreci, evlenecek olan kişinin eşini seçme hakkı ihlal edilir veya kişi istemediği halde evlenmeye zorlanırsa, zorla evlendirmeye dönüşebilir.

Zorla evlendirme kavramı kapsamında, çocuk yaşta yapılan evlilikler de ayrıca değerlendirilmelidir. Bu bağlamda öncelikle her devletin evlilik ehliyetine ilişkin yaş sınırını, kendi iç hukuk düzenlemeleriyle belirleme hakkı olduğu belirtilmelidir. Türk Medeni Kanunu m. 124 evlenme ehliyeti açısından 17 yaşını erkek veya kadın her Türk vatandaşı açısından ortak bir sınır olarak belirlemiştir. Buna göre, evlenme ehliyeti 17 yaşın ikmali ile

---

<sup>18</sup> İki kavramın örtüşüp örtüşmediğine ilişkin farklı görüşler için bkz. YERLİKAYA, Hayriye/ÇAKIR- CEYLAN, Esmâ, "Zwangs- und Scheinehen im Fokus Staatlicher Kontrolle", in ZIS 4/2011, s. 206, dp. 14.

<sup>19</sup> Nitekim T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü'nün yaptığı "Türkiye'de Aile Yapısı Araştırması 2006" başlıklı çalışmaya göre, evli bireylerin %30'u görücü usulüyle, ancak kendi kararlarıyla evlenmektedir. Kendi seçimleriyle, ancak ailenin onayını alarak evlenenlerin oranı da %31'dir. Bkz. T.C. Başbakanlık Aile Ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, "Türkiye'de Aile Yapısı Araştırması 2006" Ankara 2010, s. 34.

<sup>20</sup> LETZGUS, s. 1231.

<sup>21</sup> YERLİKAYA/ ÇAKIR- CEYLAN, s. 206; MEIER, s. 21.

<sup>22</sup> YERLİKAYA/ ÇAKIR- CEYLAN, s. 206.

kazanılır. Ancak, olağanüstü şartlarda hâkim kararı ile 16 yaşındaki çocukların da evlenmesine müsaade edilebileceği gösterilmiştir. Dolayısıyla, 18 yaşından küçük olduğu için hukuken çocuk olmakla birlikte, Medeni Kanun tarafından evlenme ehliyetlerinin var olduğu kabul edilen kişilerin, hukuken geçerli rızalarına dayanarak gerçekleştirilen evlilik zorla değil, gönüllü evliliğdir. Ancak bu kişiler, yaşları itibariyle yeterli olgunluk düzeyine ulaşmadıklarından, kolayca etki altında kalabilirler. Özellikle, hakim kararıyla yapılacak evliliklerde, evlenme ehliyeti değerlendirilirken irade serbestisinin ve geçerli bir rızanın bulunup bulunmadığı konusunda çok dikkatli olunmalıdır.<sup>23</sup>

Uluslararası sözleşmelerde, 18 yaşından küçüklerin kişisel gelişimlerini tamamlayabilmeleri için hukuken korunmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Bu sözleşmelerde ayrıca, ülkelere evlenme ehliyetine ilişkin yaş sınırını 18 yaş üzerine çekmeleri de tavsiye edilmektedir. 1990'da kabul edilen ve 1995'den beri Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre 18 yaşından küçük her birey çocuktur. Sözleşme'nin 12. maddesine göre: *“Taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar...”*. Sözleşmenin 36. maddesinde: *“Taraf devletler, esenliğine herhangi bir biçimde zarar verebilecek başka her türlü sömürüye karşı çocuğu korurlar”* demek suretiyle, çocukların korunmasına ilişkin gerekli tedbirlerin alınması gerektiği vurgulanmıştır. CEDAW Sözleşmesi'nin 16. maddesinin 2. fıkrasına göre ise: *“Çocuğun erken yaşta nişanlanması veya evlenmesi hiçbir şekilde yasal sayılmayacak ve evlenme asgari yaşının belirlenmesi ve evlenmelerin resmi sicile kaydının mecburi olması için, yasama dahil gerekli tüm önlemler alınacaktır”*.

Uluslararası sözleşmelerdeki bu tavsiyelerin dikkate alınması ve evlenme ehliyetinin 18 yaş üzerine çekilerek, çocuk yaşta yapılan evliliklere izin verilmemesi, çocukların korunması açısından en ideal olanıdır. Ancak Medeni Kanun evlenme ehliyetine ilişkin yaş sınırını 17 ve 16 olarak

---

<sup>23</sup> 16 yaşını tamamlamış çocuğun evlenme ehliyetine sahip olup olmadığına, çocuğun evliliğin anlam ve önemini kavrayacak psikolojik ve fiziksel olgunlukta bulunup bulunmadığına hâkim karar vereceğinden, hâkimin çocuğun evlilik konusunda irade serbestisinin de tam olduğuna ikna olması gerekir. Hâkimlerin bu konuda gösterecekleri hassasiyet, ülkemizde çocuk yaşta yapılan evliliklerin yaygınlığı dikkate alındığında çok daha önemli olacaktır. Zira yapılan tüm bilinçlendirme çalışmalarına rağmen, ne yazık ki ülkemizde 2011 yılı içinde yaklaşık 20 bin aile, 16 yaşını doldurmuş çocuklarını evlendirebilmek için dava açmıştır. Bkz. 14 Temmuz 2012 tarihli Hürriyet Gazetesi. Krş. BUCHLER, s. 728.



belirlediğinden, 18 yaş altında olmakla birlikte, Medeni Kanun'un belirlediği yaş sınırları içinde kalan evlilikleri peşinen zorla evlendirme kavramı içinde değerlendirmek doğru olmaz. Bu yaş grubunda bulunan kişilerin yaptığı evliliklerde de zorlama, rızanın bulunmaması, iradeyi sakatlayan yöntemlere başvurulması ölçütleri, evliliğin zorla gerçekleştirilen bir evlilik olup olmadığının tespitinde belirleyicidir.

Son olarak zorla evlendirme kavramının hukuki anlamının sosyolojik anlamından daha dar anlaşılması gerektiği vurgulanmalıdır. Hukuki anlamda zorla evlendirme kavramı, imam nikâhı ile evlenme veya fiili birliktelikleri kapsamaz, yalnızca Medeni Hukuk tarafından tanınan, yasal yolla yapılan evliliklerle<sup>24</sup> sınırlıdır. Bu nedenle eğer kanun koyucu zorla evlendirmeyi cezalandırma yoluna giderse, kişinin hukuki anlamda evlilik olarak tanınmayan bir birlikteliğe zorlanması, zorla evlendirme kapsamında değil, TCK'da düzenlenmiş olan cinsel saldırı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma veya başka bir suç tipinin gerçekleştirilmesi veya bu suç tiplerine iştirak edilmesi bağlamında değerlendirilebilir. Aynı şekilde, Medeni Kanun'un evlenme ehliyetine ilişkin olarak belirlediği yaş sınırları dışında kalan çocuklara karşı gerçekleştirilen eylemler de, zorla evlendirme kavramı kapsamında değil, TCK'da cezai yaptırıma bağlanmış olan çocuğun cinsel istismarı suçu veya başka bir suç tipi kapsamında ele alınmalıdır.

### **III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ZORLA EVLENDİRME**

#### **A. GENEL OLARAK**

Karşılaştırmalı hukukta bazı ülkelerin ceza kanunlarında zorla evlendirmeyi ayrı ve bağımsız bir suç sayan özel düzenlemeler mevcuttur. Zorla evlendirmeye mücadele etmek isteyen diğer bazı ülkeler ise, zorla evlendirmeyi zor kullanma suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlemişlerdir. Bu çalışmada, söz konusu ülkelerden Almanya, İsviçre ve Avusturya'daki yasal durum incelenecektir.

#### **B. ALMANYA**

Almanya'da zorla evlendirmenin, üç farklı şekli ile karşılaşılır<sup>25</sup>: Bunlardan ilki, Almanya'da yaşayan göçmen ailelerin kız çocuklarını kendi kültürel çevreleri içinde tutma arzuları; aile içindeki güç ve otorite dengesini koruma isteği veya ekonomik nedenlerden<sup>26</sup> kaynaklanan zorla

<sup>24</sup> Zorla evlendirme kavramının hukuki açıdan sınırlandırılması zorunluluğu, imam nikâhı veya örf ve adetlere göre yapılan evlilikleri kapsam dışı bırakmayı gerektirmektedir. Bkz. BULTE, Jens/ BECKER, Raymond, Der Begriff der Ehe in §237 StGB, ZIS 2012, s. 62.

<sup>25</sup> SCHUBERT/MOEBIUS, s. 24.

<sup>26</sup> 18 Ekim 2005 tarihli "Berliner Tagesspiegel" gazetesinin haberine göre Almanya'da yaşayan ve 10.000 Euro karşılığında 13 yaşındaki kızlarını, 18 yaşında birine satan Sırp asıllı

evlendirmelerdir. Bu nedenlerle başvuru zorla evlendirme, genellikle ailenin kültürel ve etnik kökenlerinin bulunduğu ülkeden gelin getirilmesi (ithal gelinler) şeklinde ortaya çıkar<sup>27</sup>. Zorla evlendirmenin Almanya’da görülen ikinci şekli, Almanya’da doğup büyümüş bir genç kızın, ailesinin geldiği ülkeye- anavatanına tatil gittiğinde, oradan biriyle daha önceden haber verilmeksizin evlendirilmesi ve Almanya’ya geri dönmesinin engellenmesidir (evlenmek için alıkoyma, kaçırma). Üçüncü şekli ise, Almanya’da oturma izni olan bir kadın veya genç kızın ailesinin, Almanya’ya gelmek isteyen bir erkeğin ailesiyle, erkeğin Almanya’ya gelmesini sağlamak üzere anlaşması ve bu amaçla kızlarını zorla evlendirmesidir (yasal yollardan Almanya’ya göçe aracılık etmek amacıyla evlendirme)<sup>28</sup>.

Zorla evlendirme, Almanya’da namus cinayetleri gibi göçmenlere<sup>29</sup> ait önemli bir sorun olarak algılanmakta ve bu sorunla mücadele edilmektedir. Pek çok göçmen aile, özellikle de İslamî inanca sahip olanlar, çocuklarının kendi akrabalarından biriyle evlenmesini istemektedir. Dinî ve kültürel faktörlerin etkisiyle ortaya çıkan zorla evlendirme, Almanya’da din ve ifade özgürlüğü bağlamında da tartışılıyor. Ancak hiçbir dini özgürlüğün<sup>30</sup>, kişinin irade özgürlüğüne, evlenme ve eşini seçme özgürlüğüne karşı

---

bir anne bir yıl hapis cezasına çarptırılırken, erkeğin anne babası çocuğun cinsel istismarı suçuna azmettirmekten mahkûm olmuştur. Aktaran: KALTHEGENER, Regina, Strafrechtliche Ahndung der Zwangsverheiratung, s. 211, [http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Zwangsverheiratung-20Forschungsreihe-Band\\_201,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf](http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Zwangsverheiratung-20Forschungsreihe-Band_201,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf), (erişim tarihi:25.09.2012).

<sup>27</sup> Türkiye açısından bu durum genellikle Türkiye’de yaşayan bir genç kızın Almanya’da yaşayan bir akraba veya tanıdıkla zorla evlendirilmesi ve Almanya’ya götürülmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

<sup>28</sup> EISELE/ MAJER, s. 547.

<sup>29</sup> FADLALLA, Mohamed, “Zwangsheirat- die Änderungen des Personenstandsgesetz und das neue Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat”, FPR 2011, s. 449. Zorla evlendirmenin geçmişte geçimini tarımdan sağlayan ve kırsal bölgelerde yaşayan Almanlar arasında da yaygın olduğu, ancak 1960’lı yıllardan itibaren, evlilik dışı hamileliklere ve görücü usulü evliliğe karşı toplumun bakış açısının değişmesiyle, çok istisnai vakalar dışında ortadan kalktığı aktarılmaktadır. Bkz. FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl., München 2012, §237, kn. 5.

<sup>30</sup> Kız çocuklarını zorla evlendirmenin bir dinin emirleri arasında yer alıp almadığı veya bu tür bir uygulamanın İslam dininde yerinin olup olmadığı ilahiyatçıların yapması gereken bir tartışmadır. Ancak bazı aileler, kız çocuklarını istedikleri kişiyle evlendirme haklarının bulunduğu ve bunun dini inançlarının bir gereği olduğuna inanmaktadır. Dolayısıyla devletin zorla evlendirmeyi yasaklaması, Anayasal güvence altına alınmış olan din ve vicdan özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir. Kanaatimizce hiç kimse, bir başkasının kendi geleceğini belirleme hakkı üzerinde tasarruf edemez. Zorla evlendirme, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek hukuka uygun kabul edilemez.

gerçekleştirilen bir fiili hukuka uygun hale getiremeyeceği kabul edilmektedir<sup>31</sup>.

Oldukça yaygın bir uygulama olan görücü usulüyle evlendirme ise, Almanya’da hukuki açıdan bir sorun olarak görülmez. Ancak bireylerin kendi arzu ve istekleri dışında zorla evlendirilmeleri, Alman toplumu ve bu toplumun özgürlük anlayışına hakim olan temel ilkeler açıdan ciddi bir problem olarak değerlendirilir<sup>32</sup>. Bu problemle mücadele etmek ve mağdurların daha iyi korunması için Alman kanun koyucu önce, Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesinin tavsiye kararlarına uyarak<sup>33</sup> 19 Şubat 2005’de, kişinin istemediği bir evliliğe zorlanmasına, AİCK’nun §240’da düzenlenmiş olan “zorlama” suçunun ağırlatıcı nedenleri arasında yer vermiştir. AİCK §240’a göre:

*“(1) Her kim, bir insanı hukuka aykırı bir şekilde cebir veya ağır bir kötülük tehdidi ile bir şey yapmaya, yapmamaya veya bir şeyin yapılmasına katlanmaya zorlarsa, üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır<sup>34</sup>...”*

*(4)Ağırlatıcı nedenlerin varlığı halinde altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Ağırlatıcı nedenler şunlardır: Eğer fail;*

*1. Başka bir insanı, cinsel bir davranışta bulunmaya veya evlenmeye zorlarsa....”.*

Almanya ayrıca 2005 yılında AİCK § 232 ile insan ticaretini suç haline getirmiştir. Evlenmek amacıyla yapılan insan ticareti de, bu madde kapsamında suç olarak düzenlenmiştir.

17.03.2011 tarihinde Alman Federal Danışma Meclisi zorla evlendirmeye mücadele etmek ve mağdurların daha iyi korunması amacıyla bir kanun tasarısı kabul etmiştir. Ayrıca “Yabancıların Oturma İznine İlişkin Kanun”un (Aufenthaltsgesetz) ve “Mülteciler Kanunu”nun (Asylverfahrensgesetz) bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına ilişkin bir kanun teklifini de onaylamıştır. 1 Temmuz 2011 tarihinde ise Alman Federal Meclisi AİCK §237’yi kabul ederek zorla evlendirmeyi bağımsız ve ayrı bir suç tipi haline getirmiştir<sup>35</sup>. AİCK §237 ile eski §240(4),1’de düzenlenmiş

<sup>31</sup> BUSCH, Arno, Eine Frage Der Ehe, NJ 2010, s. 22.

<sup>32</sup> BUSCH, s. 20.

<sup>33</sup> Ancak Avrupa Birliği üye devletleri zorla evlendirmeyi yasaklayan yasal düzenlemeleri 2006 yılına kadar yapmasını tavsiye ettiği için, Almanya’nın gerekli yasal düzenlemeleri yapmakta geç kalması öğretilde eleştirilmektedir. LETZGUS, s. 1233.

<sup>34</sup> AİCK §240/2’ye göre, failin amacına ulaşmak için cebir veya kötülük tehdidini araç olarak kullanması kınanabilir nitelikteyse fiil hukuka aykırıdır.

<sup>35</sup> Alman kanun koyucu ayrıca, kişinin zorla evlendirilmek amacıyla yabancı bir ülkeye götürülmesi veya orada tutulması hallerinde, kişinin oturma iznini kaybetmemesi ve mağdur

olan zorla evlendirmeyi, “zorlama” suçunun ağırlatıcı nedeni olarak düzenleyen hüküm de yürürlükten kalkmıştır. AİCK §237/I’e göre: “*Her kim bir insanı hukuka aykırı bir şekilde cebir veya tehditle evlenmeye zorlarsa, altı aydan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır*”. AİCK §237/II’de ise, failin birinci fıkrada belirtilen suçu işlemek amacıyla bir insanı cebir, tehdit veya hileyle, bu kanunun uygulama alanı dışında bir yere götürmesi, sevk etmesi, yönlendirmesi veya orada tutması veya Almanya’ya geri dönmesine engel olması halinde, birinci fıkradaki gibi cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada, bu suça teşebbüsün de cezalandırılacağı; dördüncü fıkrada ise, hafifletici nedenlerin varlığı halinde faile üç yıla kadar hapis veya adli para cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

Madde gerekçesinde, bu madde ile devletin zorla evlendirme ile bağlantılı olarak bireylerin haklarına yönelik saldırılara karşı elindeki en etkin yöntemlerle mücadele edeceğini herkese açıkça göstermek istediği belirtilmiştir<sup>36</sup>. Böylece, zorla evlendirmenin, eski veya farklı bir kültüre ait mazur görülebilir bir gelenek olduğuna ilişkin Alman toplumunda var olan mevcut anlayışın değişmesi, bu fikre karşı çıkılması gerektiği ortaya konmak istenmiştir<sup>37</sup>. Bu açıdan AİCK §237’nin, kanun koyucunun zorla evlendirmeye artık izin vermeyeceğine işaret eden, yasak olanı toplumdaki bireylere gösteren bir çeşit uyarı, sinyal fonksiyonu üstlendiği söylenebilir<sup>38</sup>. Normun pratikte uygulanabilirliğinden çok, suç politikası açısından taşıdığı anlam önemlidir. Bu düzenlemeyle zorla evlendirmenin en açık şekliyle cezalandırılabilir bir haksızlık olduğu ortaya konmuştur<sup>39</sup>.

Ancak zorla evlendirme ile mücadele etmek için, söz konusu ceza normuna gerçekten ihtiyaç olup olmadığı, Alman ceza hukuku öğretisinde tartışılmaktadır. Zorla evlendirme ile mücadele edilmek isteniyorsa, Alman Ceza Kanunu’na bu fiilleri suç olarak düzenleyen bir madde koymak yerine, düzenlenecek olan etkin kampanyalarla kamuoyunun bilinçlendirilmesinin daha yararlı olacağı görüşü dile getirilmekte ve bu gerekçeyle zorla evlendirmenin cezai yaptırıma bağlanmasına karşı çıkmaktadır<sup>40</sup>. Alman Ceza Kanunu’nda zorla evlendirmeyi suç haline getiren bir maddenin

---

olmaması için ilgili kanunlarda da gerekli değişiklikleri yapmıştır. Bkz. §25a AufenthG (Yabancıların Oturma İznine İlişkin Kanun).

<sup>36</sup> Deutscher Bundestag- 17. Wahlperiode, Protokoll Nr. 17/34, BT- Ducksache 17/4401, s.9, <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung07/Protokoll.pdf> (erişim tarihi: 25.09.2012).

<sup>37</sup> LETZGUS, Klaus, Der neue Straftatbestand der Zwangsheirat, in FPR 2011, s. 453

<sup>38</sup> VALERIUS, Brian, Gedanken zum Straftatbestand der Zwangsheirat (§237 StGB), in JR 2011, s. 431.

<sup>39</sup> LETZGUS, FPR 2011, s. 453.

<sup>40</sup> VALERIUS, s. 431; HEFENDEHL, Roland, Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, JA 2011, s. 406.

bulunmasının, zorla evlendirilen kadınların sorunlarını çözmeyeceği; kültürel nedenlerle failer kendi davranışlarını haklı gördüklerinden, zorla evlendirmeyi cezai yaptırıma bağlamanın caydırıcı olmayacağı görüşü savunulmaktadır<sup>41</sup>. Ayrıca Alman Anayasa Mahkemesi'nin cezaların suçla mücadelede elverişli, gerekli ve orantılı olması gerektiğine ilişkin içtihatlarının, bu suç tipi düzenlenirken dikkate alınmadığı belirtilmektedir<sup>42</sup>. Zorla evlendirme doğulu toplumların kültürüne ait bir gelenek olarak görüldüğünden, “*farklı bir kültüre veya dine ait geleneksel davranışların, ceza hukukuna konu yapılması*”nın doğru olup olmadığı sorusu sorulup, ceza hukukunun başka kültürlerin ön kabullerine müdahale etmesinin doğru olmadığı bazı yazarlar tarafından dile getiriliyor. Ayrıca ispat sorunu da maddenin uygulanabilirliği açısından ciddi bir sorun olarak görülüyor<sup>43</sup>.

Ancak yasal sürece ilişkin bu eleştirel görüşler azınlıkta kalmakta ve Alman ceza hukuku öğretisinde, yeni suç tipi özellikle üstlendiği fonksiyon açısından genellikle olumlu karşılanmaktadır<sup>44</sup>.

### C. İSVİÇRE

Mevcut İsviçre Ceza Kanunu'nda zorla evlendirmeleri cezai yaptırıma bağlayan özel ve bağımsız bir suç tipi bulunmamaktadır. Öğretide, zorla evlendirmelerin cezalandırılmasına ilişkin İSCK'nda yasal bir boşluk olmadığı, zira bu tür fiillerin İSCK Art. 181'de düzenlenmiş olan “zorlama” suç tipi kapsamında cezai yaptırıma bağlandığı görüşü savunulmaktadır<sup>45</sup>. Ancak Mayıs 2012'de İsviçre Ulusal Meclisi ve Eyaletler Meclisi, zorla evlendirme fiilleri ile etkin bir şekilde mücadele edilmesi amacıyla, bu fiilleri suç haline getiren bir dizi yasal düzenleme yapılmasını kabul etmişlerdir. Her iki meclis tarafından da kabul edilen kanun tasarısına göre; bir başkasını zorla evlendiren kişi beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır<sup>46</sup>.

2012 yılı yaz aylarında İsviçre'de zorla evlendirmenin suç haline getirilip getirilmemesi yoğun bir şekilde tartışılmıştır. Ancak, İsviçre Federal Meclisi, zorla evlendirme meselesini İsviçre'de kapsamlı bir şekilde ortaya

---

<sup>41</sup> VALERIUS, s. 431.

<sup>42</sup> VALERIUS, s. 431.

<sup>43</sup> HEFENDEHL, s. 406; VALERIUS, s. 431.

<sup>44</sup> LETZGUS, s. 1233; FADLALLA, s. 449; KALTHEGENER, s. 211; EISELE/ MAJER, s. 547; BUSCH, s. 28.

<sup>45</sup> WOHLERS, Wolfgang, Zwangsehen in strafrechtlicher Sicht, FamPra.ch 2007, , (Hrsg. Andrea BUCHLER/ Ingeborg SCHWENZER), s. 763, www.swisslex.com (13.03.2012) .

<sup>46</sup> Söz konusu teklife ilişkin meclis çalışmaları için bkz. [http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4904/382435/d\\_s\\_4904\\_382435\\_382526.htm?DisplayTextOid=382527](http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4904/382435/d_s_4904_382435_382526.htm?DisplayTextOid=382527), (erişim tarihi: 27.09.2012).

koyacak bir araştırılma yapılması ve bir rapor hazırlanması için 2012 yılı yaz sonuna kadar beklemiştir. Eylül 2012 tarihinde tamamlanan söz konusu rapora göre; İsviçre'deki mevcut yasal durum, zorla evlendirme ile mücadelede mağdurlara yeterli hukuki güvenceyi sağlamaktadır. Raporda, zorla evlendirmeyi cezai yaptırıma bağlayan yeni bir suç tipine İsviçre Ceza Kanunu'nda yer vermeye gerek olmadığı, mevcut yasal durumun bu tür fiillerle mücadelede yeterli olduğu, ayrıca konuya ilişkin toplumu bilinçlendirme çalışmalarına ağırlık verilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>47</sup>.

#### **D. AVUSTURYA**

Zorla evlendirme fiilleri Avusturya tarafından da cezai yaptırıma bağlanmıştır. Avusturya Ceza Kanunu §106'da, "zorlama" suçunun cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir. AvCK §106, (1), 3'de:

*"Her kim, bir başkasını evlenmeyi kabul etmeye, birlikte yaşamaya, fuhuşa veya pornografik bir gösteriye veya başkaca bir hareketi yapmaya veya kendisinin yapmasına müsaade etmeye veya kişinin kendisinin veya bir başkasının menfaatlerine zarar veren ihmali bir davranışta bulunmaya zorlarsa, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* denmektedir.

#### **IV. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE ZORLA EVLENDİRME FİLLERİNİN İHLAL ETTİĞİ HUKUKSAL DEĞER**

Evlenmeyi bir madalyon gibi düşünürsek, madalyonun bir yüzünde evlenme ve eşini seçme özgürlüğü yer alırken, diğer yüzünde negatif evlenme özgürlüğü yani evlenmeyi reddetme özgürlüğü yer alır. Giriş bölümünde de ifade edildiği gibi hiçbir baskı altında kalmaksızın, kişinin kendi özgür iradesiyle evlenmeye karar verme ve eşini seçme özgürlüğü, diğer bir deyişle pozitif evlenme özgürlüğü gibi, negatif evlenme veya evlenmeme özgürlüğü de İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m. 16 ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 12 düzenlemeleriyle garanti altına alınmış temel bir insan hakkıdır<sup>48</sup>. Zorla evlendirme, bu temel insan hakkını ihlal eden bir fiildir<sup>49</sup>. Bu fiil öncelikle kişinin irade özgürlüğünü, irade özgürlüğünün yanında, insan haklarına ilişkin uluslararası temel sözleşmelerle güvence altına alınmış olan kişinin hiçbir baskı ve zorlama

<sup>47</sup> Söz konusu Meclis Raporu Eylül 2012'de tamamlanmıştır. Raporun ayrıntıları için bkz. <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-09-14/ber-zwangsheirat-d.pdf>, s. 22- 23 (erişim tarihi: 27.09.2012).

<sup>48</sup> LETZGUS, s. 1233.

<sup>49</sup> BUSCH, s. 18.

olmaksızın serbest iradesiyle evlenme veya evlenmeme<sup>50</sup>, aynı zamanda eşini seçme<sup>51</sup> özgürlüğünü ihlal eder.

Hiçbir baskı veya zorlama olmaksızın evlenme veya evliliği reddetme hakkını açıklayabilmek için, öncelikle özgürlük kavramını açıklamak gerekir. Bugüne kadar, özgürlük kavramının herkes tarafından kabul edilen bir tanımı yapılamamıştır. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 4. maddesinden hareketle yapılan tanıma göre özgürlük; başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir. *Montesquieu* tarafından yapılan başka bir tanıma göre ise özgürlük; kanunların izin verdiği her şeyi yapabilme hakkıdır<sup>52</sup>. Bireyler arasındaki ilişkiler açısından ise özgürlük; toplumun bireye ayırdığı bağımsızlık ve mahremiyet alanıdır<sup>53</sup>. İnsan varlığını, kişiliğine uygun davranabileceği bu özgürlük alanında gerçekleştirir<sup>54</sup>.

Özgürlük, devlet tarafından korunması gereken bir hukuksal değer olarak kabul edilmiştir. Ancak özgürlük; diğer kişilerle ilişkiye girilen ve çatışma yaşanan durumlarda korunur. Devlet özgürlükleri korurken, aslında kendi temel düzenini de korur<sup>55</sup>. Bununla birlikte özgürlük, yaşam ve vücut dokunulmazlığı gibi, sosyal ilişki boyutunu aşan, mutlak korunması gereken kurucu hukuksal değerlerden değildir<sup>56</sup>. Yaşam ve vücut dokunulmazlığından farklı olarak, sosyal ilişkilerdeki çatışmalarda korunması gündeme geldiğinden özgürlük; yalnızca cebir, tehdit veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi belli ihlallere<sup>57</sup> karşı korunur. Bunun nedeni aynı zamanda, toplumsal bir düzen içinde yaşayan insanlar için, mutlak bir özgürlük anlayışının olmaması; bir insanın özgürlüğünün, başka bir insanın özgürlüğünün başladığı yerde sona ermesidir.

Özgürlük, iç ve dış özgürlük olmak üzere ikiye ayrılır<sup>58</sup>. İradi hareket edebilme, iradesini icra edebilme, kişinin almış olduğu kararı herhangi bir baskı altında kalmaksızın hayata geçirebilmesi veya uygulayabilmesine dış

---

<sup>50</sup> BUCHLER, s. 727.

<sup>51</sup> FISCHER, StGB §237, kn. 3.

<sup>52</sup> KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 453, Yenilenmiş Altıncı Baskı, 1981, s. 5.

<sup>53</sup> GÜLŞEN, Recep, Hürriyeti Tahdit Suçları, Ankara 2002, s. 19.

<sup>54</sup> ÜZÜLMEZ, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007, s. 19

<sup>55</sup> ÖZEK, Çetin, Türk Ceza Kanunu'na Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, İÜHFİM, C. XXXIX, S.4, s. 950.

<sup>56</sup> ESER, Albin, Vorbemerkungen zu den §§234 bis 241a, SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., München 2001, kn. 2.

<sup>57</sup> ESER, SCHÖNKE/ SCHRÖDER, Vor. §234, kn. 2.

<sup>58</sup> EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. III, Özel Hükümler, Ankara 1985, s. 227.

özgürlük denir. Ceza kanunları kişinin dış özgürlüğüne saldırı niteliğindeki, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, iş ve çalışma hürriyetini ihlal gibi fiilleri cezai yaptırıma bağlar.

Kişinin korkusuz<sup>59</sup>, endişe duymadan, huzur içinde<sup>60</sup>, tamamen kendi özgür iradesiyle karar verme özgürlüğü ise iç hürriyeti oluşturur. İç hürriyeti ihlal eden fiiller, kişinin iradesi doğrultusunda hareket etme özgürlüğünü fiilî veya maddi şekilde kısıtlamasa da onun istediği gibi karar verme, irade özgürlüğünü ihlal ederler<sup>61</sup>. Dış özgürlüğün; kişinin belirli bir şekilde hareket etme, belirli bir hareketi ihmal etme veya belirli bir hareketin icrasına katlanma konusunda serbest davranabilme özgürlüğü olduğu kabul edildiğinde, bu özgürlüğün aslında kişinin iç özgürlüğünün, yani serbestçe irade oluşturabilme, hiçbir baskı altında kalmaksızın karar verebilme özgürlüğünün somutlaşması olduğu anlaşılır<sup>62</sup>.

İç özgürlüğün, yani irade özgürlüğünün ön şartı, kişinin irade oluşturabilme yeteneğine sahip olmasıdır. İrade oluşturabilme yeteneği, kişinin birden fazla seçenek arasından birini, iradesi fesada uğramadan serbestçe seçebilmesini, belli bir karar verebilmesini ifade eder. İradi karar verme özgürlüğü, kişiye uyuşturucu veya narkoz verilmesi gibi bilinci etkileyen veya hipnotize etmek gibi irade oluşturabilme yeteneğini tamamen ortadan kaldıran yöntemlerle ihlal edilebilir. Aynı şekilde, manevi veya fiziki zorlama veya hile kullanılarak kişinin belli bir karar alması sağlanarak da, iradi karar verme özgürlüğü ihlal edilebilir<sup>63</sup>.

Fiziksel, psikolojik veya sosyal baskı ve şiddet ile gerçekleştirilen zorla evlendirme fiilleriyle, kişinin özgür ve serbest iradesine dayanarak evlenmeyi kabul veya reddetme hakkı ihlal edilir. Zorla evlendirme fiilleri, öncelikle bireyin “*evlenme, evlenmeyi reddetme ve eşini seçme hakkını*”, dolayısıyla kişinin “*karar verme ve irade özgürlüğünü*”<sup>64</sup> ihlal eder. Mağduru evlenmeye ikna etmek veya boşanmasına engel olmak amacıyla cebir veya tehdit kullanılması; mağdurun bir yere kapatılması veya bazı yerlere gitmesine müsaade etmeyerek hareket özgürlüğünün kısıtlanması; yaşadığı ortamdan, şehirden veya ülkeden uzaklaştırılması; aç ve susuz bırakılması; hakaret edilmesi, aşağılanması; ekonomik ihtiyaçlarının

<sup>59</sup> EREM, Özel Hükümler III, s. 227.

<sup>60</sup> GÜVEN, Mustafa, Tehdit Suçunun Objektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme, AD 1987, Y. 78, S. 4, s. 56- 57; GÜVEN, Mustafa, Kişisel Özgürlüğü Sınırlandırma Cürmü ve Şartlı Tehdit Cürmü İle Karşılaştırması, AD 1981, Y. 72, S. 3, s. 313

<sup>61</sup> EREM, Özel Hükümler III, s. 227.

<sup>62</sup> ÜZÜLMEZ, s. 20.

<sup>63</sup> ESER, SCHÖNKE/ SCHRÖDER, Vor. §234 , kn. 3.

<sup>64</sup> WOHLERS, s. 758.



karşılanmaması veya aileden dışlanmakla tehdit edilmesi<sup>65</sup> gibi değişik yöntemler kullanılır. Tüm bu eylemlerin amacı, mağdurun direncini kırmak ve evlenmeye karşı koymamasını, razı olmasını, aile veya aile bireylerinden biri, genellikle de baba tarafından alınan bir karara boyun eğmesini veya boşanmasına engel olmayı sağlamaktır. Dolayısıyla zorla evlendirme veya evliliği devam ettirme amacıyla gerçekleştirilen her türlü fiil, özünde kişinin irade özgürlüğünü hedef alır.

Kişinin zorla evlendirilmesi, istemediği cinsel davranışlara, cinsel ilişkiye zorlanması da beraberinde getirdiğinden, bu tür fiiller aynı zamanda kişinin cinsel özgürlüğünü de ihlal eder<sup>66</sup>. Zorla evlendirilen kişinin 18 yaşından küçük olması halinde ise, çocuğun cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlüğü, diğer bir ifadeyle sağlıklı bir cinsel olgunluğa ulaşma hakkı da zorla evlendirme fiilleriyle ihlal edilir.

## **V. ZORLA EVLENDİRMENİN TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Zorla evlendirmenin cezalandırılmasında Türk Ceza Kanunu'nda bir boşluk olup olmadığı değerlendirilebilmesi için, kişiyi istemediği bir evliliği gerçekleştirmeye veya istemediği halde bir evliliği devam ettirmeye zorlamanın, TCK'da düzenlenmiş mevcut suç tiplerinden birinin kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle kişinin istemediği bir evliliğe zorlanması, TCK'da düzenlenmiş olan cebir, tehdit, insan ticareti, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, yaralama, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, kötü muamele ve hakaret suçu açısından değerlendirilmelidir.

### **A. TEHDİT SUÇU (TCK m. 106)**

Kanun koyucu, TCK m. 106 ile bir kişinin kendisinin veya yakının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden veya malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratılacağından veya başkaca bir kötülük yapılacağından bahisle tehdit edilmesi fiillerini cezai yaptırıma bağlamıştır.

“Korkutma”<sup>67</sup>, “gözdağı”<sup>68</sup> anlamına gelen tehditte, mağdura ileride bir saldırı, zarar veya diğer bir kötülüğün<sup>69</sup> gerçekleştirileceği bildirilir. İlerde

<sup>65</sup> WOHLERS, s. 758.

<sup>66</sup> EISELE/ MAJER, s. 547.

<sup>67</sup> YAZICIOĞLU, Yılmaz, Tehdit Suçu Üzerine, YD, Y. 1993, C. 19, S. 3, s. 236.

<sup>68</sup> Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=veritbn&kelimesec=304587>, (erişim tarihi: 25.07.2012).

gerçekleştirileceği bildirilen saldırı, zarar veya kötülüğün, mağduru belli bir davranışta bulunmaya veya bulunmamaya zorlamak amacıyla gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesinin TCK m. 106'da düzenlenmiş olan suçun oluşması açısından bir önemi yoktur. Diğer bir ifadeyle şartlı tehdit gibi, herhangi bir şart olmaksızın gerçekleştirilen tehdit fiilleri de cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu suç tipi ile kişinin hem iç huzuru ve güven duygusu<sup>70</sup>, hem de irade oluşturabilme<sup>71</sup>, özgürce karar verebilme ve vermiş olduğu kararı hayata geçirebilme özgürlüğü korunur<sup>72</sup>. Ancak kanun tehdidin özel olarak şarta bağlı olmasını aramadığından, kişinin irade oluşturma yani karar verme<sup>73</sup> ve bu kararına uygun olarak davranabilme özgürlüğünün TCK m. 106 kapsamında, ancak ikincil nitelikte korunduğu söylenebilir<sup>74</sup>.

Tehdit, zorla evlendirme vasıtalarından biri olarak sıklıkla başvuru alan bir yöntemdir<sup>75</sup>. Mağdur, kendisinin veya bir yakınının bir hukuksal değerine yönelik olarak saldırı, zarar veya diğer bir kötülük gerçekleştirileceği bildirilerek korkutulmakta, böylece evlenmeye zorlanmaktadır. Örneğin, mağdura “benimle evlenmezsen, seni öldürürüm<sup>76</sup>” şeklindeki bir bildirim, mağdurda bildirilen kötülüğün gerçekleştirileceği konusunda korku uyandırır ve onu kendisinden isteneni gerçekleştirilmeye yönlendirir. Mağdurdan istenen şeyin gerçekleştirilmesi örneğin, mağdurun evlenme ehliyetine sahip olmaması<sup>77</sup> gibi nedenlerle mümkün olmasa bile, mağdurun irade özgürlüğü,

<sup>69</sup> YILDIZ, Ali Kemal, “Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları (TCK m. 106, 107, 108)”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul 2010, s. 482.

<sup>70</sup> YILDIZ, s. 478.

<sup>71</sup> ÜZÜLMEZ, s. 76.

<sup>72</sup> ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAĞIZ, Pınar/ TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 360.

<sup>73</sup> YILDIZ, s. 479.

<sup>74</sup> Buna karşın TCK m. 106'nın gerekçesinde, tehdidin koruduğu hukuki değer, kişinin huzur ve sükûnunun yanında, esas itibarıyla kişinin karar verme ve hareket etme hürriyetinin olduğu ifade edilmiştir.

<sup>75</sup> Tehdit edilen kişi ya tehdit konusu kötülüğü kabul edecek, ya da evlenmeye razı olacak ve kötülükten kurtulacaktır. Mağdur bir ikilem içinde bırakılmakta ve korkutularak evlenmeye razı edilmektedir. Bu açıdan kişinin evlenmeye mecbur kılmak amacıyla tehdit edilmesi halinde, eski TCK m. 188'de cezai yaptırıma bağlanmış olan bir şartlı tehdit söz konusudur. Tehdit konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KOCA, Mahmut, Yağma Cürümleri, Ankara 2003, s.166.

<sup>76</sup> 4. CD, E. 2001/278, K. 2001/1158, T. 5.2.2001, <http://www.kazanci.com>, (erişim tarihi: 24.09.2012).

<sup>77</sup> Yargıtay 765 sayılı kanun döneminde verdiği kararlarda, ileri sürülen şartı yerine getirmeye mağdurun hak ve yetkisi yoksa, gerçekleştirilen fiili TCK m. 188'de düzenlenen şartlı tehdit suçu kapsamında değil, TCK m. 191'de düzenlenmiş olan basit tehdit suçu kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. 4. CD, E. 1987/ 7027, K. 1987/ 8623, T. 27.10. 1987; “Kızınızı başkasıyla evlendirirseniz sizi öldürürüm” dediğinin kabulü halinde ise, suç tarihinde 18

başkasının iradesine tabi olmama özgürlüğü<sup>78</sup> ihlal edildiğinden tehdit suçu oluşacaktır. Kişi evlenmeyi kabul etmezse, kendisinin veya bir yakınının vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına veya hareket özgürlüğüne yönelik bir saldırının gerçekleştirileceğinin bildirilmesi suretiyle de tehdit edilebilir.

Ancak tehdit suçunun oluşabilmesi için, tehdit konusu kötülüğün mutlaka bir suç teşkil etmesi gerekmez. Gerçekleştirileceği bildirilen kötülüğün haksız olması, bir zarar tehlikesi içermesi ve mağdurun iç huzur ve sükununu bozmaya, iradi karar verme yetisini etkilemeye elverişli olması yeterlidir<sup>79</sup>. Bu zarar tehlikesinin hukuken korunan bir değere yönelik olması gerekmektedir. Bu açıdan “üzerine cinlerimi salarım vs.” gibi uhrevi bazı zararlarla tehdit veya “küserim”, “bir daha konuşmam”, “bir daha gelmem” gibi sözler sair kötülük kavramı içinde değerlendirilmez. Bununla birlikte, bir kimsenin istemediği bir evliliğe razı olmasını temin etmek için, kişiye kendisinden beklendiği gibi davranmazsa aileden, sosyal çevreden dışlanacağı, aileden hiç kimsenin kendisiyle konuşmayacağı, analık- babalık hakkının veya anne sütünün helal edilmeyeceği<sup>80</sup> bildirilebilir. Bu tür bir bildirim de kişinin evlenmeye karar vermesinde etkili olmuş olabilir. Ancak TCK m. 106’nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, tehdidin objektif olarak ciddi bir mahiyet arz etmesi ve tehdidin konusunun belirli bir ağırlıkta olması gerekir. Sarf edilen sözler, gerçekleştirilen davranışlar muhatabı üzerinde sonuç almak için, kişide ciddi bir korku yaratmaya objektif olarak elverişli olmalıdır. Bu nedenle, korunan bir hukuksal değere yönelik olmayan, küsmek, konuşmamak, sütünü helal etmemek, aileden dışlamak gibi bildirimler, irade serbestisini etkileyen, objektif olarak korkutucu, ceza hukuku anlamında sair bir kötülük tehdidi olarak değerlendirilemez.

Öte yandan, tehditte mağdurun subjektif özellikleri esas itibarıyla önemli değildir<sup>81</sup>. Gerçekleştirileceği bildirilen kötülüğün, ortalama bir

---

*yaşını geçmiş kızını eski nişanlısı sanıkla barıştırmanın yakıncının gücü ve iradesi dışında bulunması karşısında, zorlama ögesinin oluşmadığı gözetilmeden, T. C. Yasasının 191/1. maddesi yerine, aynı Yasanın 188/3. Madde ve fıkrasıyla hüküm kurulması ... Yasaya aykırı...*”, 4. CD, E. 1998/1420, K. 1998/1741, T. 3. 3. 1998. <http://www.kazanci.com>, (erişim tarihi: 24.09.2012).

<sup>78</sup> KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Şartlı Tehdit Suçunda (TCK m. 188) Koşul Ögesini Gerçekleştirmenin Yalnızca Mağdurun İradesine Bağlı Olması Şart mıdır? (Karar İncelemesi), AÜEHFD 2002, C. IV, S. 1- 4, s. 208.

<sup>79</sup> ÜZÜLMEZ, s. 82- 83.

<sup>80</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda, evlenmediği takdirde annenin sütünü helal etmeyeceği yolundaki tehdidin Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun’un ilgili maddelerinde yazılı olan tehdidin unsurlarını ne surette ihtiva ettiği tespit edilmeden yazılı şekilde karar verilmesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur. Karar için bkz. 2. HD, E. 1961/5496, K. 1961/6746, T. 2.11.1961. <http://www.kazanci.com>, (erişim tarihi: 24.09.2012).

<sup>81</sup> ÜZÜLMEZ, s. 87.

insanın davranışlarını etkileyebilmesi, tehdidin normal bir insanı<sup>82</sup> istenilen yönde davranmaya zorlayacak nitelikte olması, tehdit suçunun oluşması için yeterlidir<sup>83</sup>. Buna karşın kişinin istemediği bir evliliğe zorlanmasında, mağdurun subjektif özellikleri hedeflenen amaca ulaşmada doğrudan doğruya belirleyicidir. Örneğin, evlenmemesi halinde yapılacağı bildirilen kötülük, eğitim seviyesi yüksek, ekonomik bağımsızlığını kazanmış 30 yaşında yetişkin bir kadın üzerinde; ekonomik ve sosyal açıdan bütünüyle aileye bağımlı, 16-17 yaşında bir genç kız üzerinde olduğu kadar etkili olmaz<sup>84</sup>. Zorla evlendirme söz konusu olduğunda, yaş, eğitim seviyesi, yaşadığı çevre gibi mağdurun subjektif özellikleri, yapılan bildirim etkinliği açısından fazlasıyla belirleyicidir. Bu nedenle zorla evlendirmede kullanılan tehdit vasıtalarının elverişliliği değerlendirilirken, somut olaydaki mağdurun özellikleri de dikkate alınmalıdır.

Tehdit, zorla evlendirmede başvuru olan çok önemli bir araçtır, ancak kişinin direncini kırmak ve onu istemediği bir evliliğe zorlamak amacıyla tehditten başka yöntemler de kullanılır. Örneğin, cebir veya şiddet kullanılabilir veya kişinin hareket özgürlüğü kısıtlanabilir veya kişiye hakaret edilebilir, üstelik bu yöntemler somut olayda çoğu zaman sistematik bir şekilde ve yan yana kullanılır. Bu nedenle, kanaatimizce kişinin evlenme ve evlenmeyi reddetme konusunda karar verme ve bu kararı doğrultusunda hareket etme özgürlüğünün korunmasında TCK m. 106 tek başına yeterli değildir.

## B. CEBİR SUÇU

Kelime anlamı itibarıyla, zor veya zorlayıcı<sup>85</sup> ifade eden cebir, TCK m. 108'de suç olarak düzenlenmiştir. Suç kanunda, bir kimseye, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için cebir kullanılması şeklinde tanımlanmış ve cezasının da kasten yaralama suçuna verilecek cezanın yarısına kadar artırılması suretiyle saptanacağı belirtilmiştir. Cebir suçunda, "tehditten" farklı olarak, kişinin iradesi fiziksel güç kullanılarak etki altına alınmakta ve bu şekilde kişi kendisinden beklendiği şekilde davranmaya zorlanmaktadır. Bu suç tipi ile kişinin karar

<sup>82</sup> KOCA/ ÜZÜLMEZ, Şartlı Tehdit, s. 206.

<sup>83</sup> ÖZBEK ve Diğerleri, s. 409.

<sup>84</sup> EREM'e göre elverişlilik görecelidir. Bu itibarla elverişliliğin soyut ve genel biçimde değil, mağdurun şahsı bakımından, kısaca somut olarak ölçülmesi gerekir. EREM, FARUK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler C. II, Ankara 1993, s. 1223; EREM, Özel Hükümler III, s. 254; WOHLERS, s. 758.

<sup>85</sup> Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=veritbn&kelimesec=61085>, (erişim tarihi: 25.07.2012).

verme ve verdiği bu karara uygun bir şekilde davranma<sup>86</sup>, esas itibariyle irade özgürlüğü<sup>87</sup> korunur.

Kanun koyucu, mağduru belli bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için tehdit etmeyi, cebir suçunun unsurları arasında saymamıştır. Mağdurun evlenmeye ilişkin rızasının hileyle<sup>88</sup> elde edilmiş olması halinde de, cebir suçunun tipiklik unsuru gerçekleşmez. TCK m. 108'de düzenlenmiş olan cebir suçunun işlenmesi için, mutlak surette fiziksel bir güç, zorlama vasıtasının kullanılması gerekmektedir. Cebirin mutlaka mağdur üzerinde gerçekleştirilmesi gerekmez, mağdurla duygusal veya sosyal bağlantısı olan üçüncü bir kişi üzerinde de gerçekleştirilebilir. Örneğin, baba kızını evlenmeye razı etmek amacıyla, karısına şiddet uygulayabilir.

TCK m. 108'in gerekçesinde, cebre maruz kalan kişinin, bu fizikî gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlandığından söz edilmektedir. Cebir, kişinin acı çekmesine neden olan bir davranıştır ve mağdur bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanır. Bu ifadeden, cebir suçuyla kasten adam yaralama suçunun vücuda acı verme seçicilik hareketinin birbiriyle örtüştüğü anlaşılmaktadır<sup>89</sup>. Bununla birlikte cebir suçu, manevi unsur açısından kasten yaralama suçundan ayrılır. Kasten yaralama suçunda, failin amacı önemli değilken; cebir suçunda fail fiziksel gücü, mağduru bir şey yapmaya ya da yapmamaya ya da kendisinin yapmasına müsaade etmeye zorlamak amacıyla kullanır.

Bu açıdan fiziksel güç kullanılarak kişinin evlenmeye zorlanması, kasten adam yaralama değil, cebir suçunun tipiklik unsuruna uygundur. Cebir suçuyla korunan hukuksal değer ile zorla evlendirme fiillerinin ihlal ettiği hukuksal değer de kısmen örtüşür. Cebir gibi, zorla evlendirme fiilleri de kişinin serbestçe karar verme ve bu karar doğrultusunda hareket etme yani irade özgürlüğünü ihlal eder. Ancak tıpkı tehdit suçunda olduğu gibi cebir suçu da, zorla evlendirme fiillerinin yalnızca bir kısmının cezai yaptırıma bağlanmasını sağlayabilir. Buna karşın kişiyi istemediği bir evliliğe razı etmek amacıyla cebir dışında; hürriyetten yoksun kılma, tehdit, hakaret, ekonomik veya manevi baskı gibi başka bir vasıta kullanıldığında bu fiiller cebir suç tipinin kapsamı dışında kalacağından cezalandırılmayacaktır. Dolayısıyla kişiyi evlenmeye zorlamak amacıyla cebir dışında başka bir vasıta kullanıldığında, kişinin irade özgürlüğü,

---

<sup>86</sup> YILDIZ, s. 517- 518.

<sup>87</sup> TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2008, s. 72.

<sup>88</sup> TOROSLU, s. 74.

<sup>89</sup> ÜZÜLMEZ, s. 174; ÖZBEK ve Diğerleri, s. 380.

evlenme veya evlenmemeye karar verme ve dolayısıyla kendi varlığını serbestçe geliştirme, kendi geleceğini serbestçe belirleme hakkı gerekli hukuki himayeden yoksun kalacaktır.

### C. İNSAN TİCARETİ SUÇU

TCK m. 80'de; zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak amacıyla, bir kişinin tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulanarak, kişi üzerindeki nüfuz kötüye kullanılarak, kandırılarak veya denetim olanaklarından ve kişinin çaresizliğinden yararlanarak rızalarının elde edilmesi ve bu şekilde kişileri ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek veya barındırmak suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç tipinde belirtilen araç fiiller tehdit, baskı, cebir, şiddet, nüfuzun kötüye kullanılması, aldatma, kişiler üzerindeki denetim olanağından yararlanma ve kişilerin çaresizliğinden yararlanmadır. Suç teşkil eden asıl fiiller ise, bu araç fiillerle gerçekleştirilen, kişilerin ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden başka bir yere götürülmesi, sevk edilmesi veya barındırılmasıdır.

İnsan ticareti suçu, kanunda belirtilen özel amaçların gerçekleştirilmesi için işlenebilir. Bu amaçlar, mağdurun zorla çalıştırılması, hizmet ettirilmesi, fuhuş yaptırılması, esarete tabi kılınması ya da organlarının verilmesini sağlamak olabilir.

TCK m. 80'de düzenlenmiş olan insan ticareti suçuyla, kamu düzeni başta olmak üzere, insan onuru, vücut bütünlüğü, genel ahlak, genel sağlık, kişi özgürlüğü gibi birden fazla hukuksal değer korunur<sup>90</sup>.

Kişi kandırılarak veya sair surette rızası alındıktan sonra, fuhuş veya esarete tabi kılınmak amacıyla Türkiye'ye sokulabilir, Türkiye'den çıkarılabilir, kaçırılabilir veya kanunda sayılmış olan diğer seçenek fiillerden biri gerçekleştirilebilir. Bu fiiller kişiyi rızası olmayan bir evliliğe zorlamak amacıyla da icra edilebilir. Örneğin, failin gerçek amacı mağduru istemediği bir evliliğe zorlamak olduğu halde, mağdur kendisine Türkiye'de iş bulunacağı vaadiyle veya tatile götürüldüğü yalanıyla aldatılarak Türkiye'ye getirilmiş olabilir. Özellikle Avrupa ülkelerinde yaşayan Türk asıllı genç kızlar, tatile götürüldükleri yalanıyla aldatılmakta ve anavatanları olan ülkede, aile tarafından belirlenen biriyle evlenmeye zorlanmaktadır. Pasaportları ellerinden alınmakta ve evlenmeyi kabul etmezlerse, yaşadıkları ülkeye geri dönmelerine izin verilmeyeceği tehdidiyle karşı karşıya

---

<sup>90</sup> ÖZBEK ve Diğerleri, s. 81.

kalmaktadırlar<sup>91</sup>. Ancak bu tür fiillerin TCK m. 80 kapsamında cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Zira Kanun, kişiyi evlenmeye zorlamaya TCK m. 80’de sayılan amaçlar arasında yer vermemiştir. Dolayısıyla, insan ticareti suç tipi de, kişiyi zorla evlendirme fiillerine karşı etkin bir şekilde korumaz.

#### **D. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU**

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, hareket özgürlüğünün ön aşaması olan karar verme özgürlüğünü de koruyan cebir ve tehdit suçlarından farklı olarak, esas itibarıyla kişinin hareket edebilme özgürlüğünü korur. Suçun işlenebilmesi için, özel bir saik veya amaca gerek olmadığından, kişinin evlenmeye zorlanması amacıyla da bu suç işlenebilir.

Kişi, zorla evlendirilme öncesinde veya sonrasında hürriyetinden yoksun bırakılabilir. Örneğin, zorla evlendirilmeden önce veya sonra bir yere kapatılabilir. Mağdurun bir evin içinde serbestçe dolaşmasına izin verilmesine rağmen, evden dışarı çıkmasına izin verilmemesi halinde de aynı şey geçerlidir. Bu tür fiiller, TCK m. 109’da düzenlenmiş olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, tipiklik unsurunu gerçekleştirir. Mağdurun evlendirilmek üzere veya direncini kırmak için bir yere götürülmesi, kaçırılması halinde de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşur.

Suçun üst soy, alt soy, eşe veya çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olan birine karşı işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Suçun cinsel amaçla işlenmesi de nitelikli hal olarak gösterilmiştir. Buna göre; evlenmek istediği kızı kaçıran<sup>92</sup> aşık, suçun nitelikli halini gerçekleştirdiği için, cezası ağırlştırılır.

Ana- babanın velayet hakkının bir sonucu olan tedip hakkı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından, fiili hukuka uygun hale getiren bir neden olarak kabul edilebilir. Ancak bunun için, tedip hakkı kötüye kullanılmamalı ve hukuka uygunluk sınırı içinde hareket edilmelidir. Tedip

---

<sup>91</sup> Örneğin: İngiltere’de tıp eğitimi almış Bangladeş asıllı 32 yaşında bir kadın, tatile gittiği Bangladeş’te ailesinin seçtiği bir adamla evlenmeye zorlanmış, pasaportu elinden alınmış İngiltere’ye geri dönmesi engellenmiştir. Altı ay içinde İngiltere’ye geri dönmediği için, oturma izni iptal edilen kadın, bunun kendi elinde olmayan nedenlerden kaynaklandığını ispat ederek, yeniden oturma izni alabilmiştir. Bkz. İsviçre Federal Meclisi Zorla evlendirmeye ilişkin Eylül 2012 Raporu, s. 19, <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-09-14/ber-zwangsheirat-d.pdf>, (erişim tarihi: 27.09.2012).

<sup>92</sup> TOROSLU, s. 89; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010, s. 398.

hakkından söz edebilmek için; öncelikle ortada hukuken geçerli bir velayet hakkının bulunması, velayet hakkından kaynaklanan tedip hakkının çocuğun yararına kullanılması, insan onuru ve saygınlığıyla bağdaşmayan ceza ve yöntemlere başvurulmaması, kullanılan yöntemin kişinin fiziksel ve ruhsal gelişimine zarar vermemesi veya bu değerler açısından tehlike oluşturmaması<sup>93</sup> ve terbiye amacına hizmet etmesi gerekir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, tedip hakkının yalnızca, çocuğun terbiyesine yönelik sınırlı bazı tedbirleri hukuka uygun hale getirebileceği ve velayet hakkı kapsamında kullanılabilenidir. Bu nedenle 18 yaşından büyük çocuklar üzerinde ana- babanın velayet hakkı olmadığından, bu kişiler üzerinde tedip hakkı kullanılamaz.

Eskiden “dövmek”<sup>94</sup> ve “bir yere kapatmak”, tedip hakkı kapsamında alınabilecek tedbirlerden sayılıyordu. Ancak bugün, bedene yönelik olarak gerçekleştirilen ve yaralama boyutuna ulaşan tedbirlerin, tedip hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşü hakimdir. Günümüzde, tedip hakkının sınırlarının giderek daraltılması gerektiği yönünde bir eğilim ağırlık kazanmıştır<sup>95</sup>.

Buna göre, 18 yaşından büyük çocuğunu, evlenmeye razı etmek amacıyla hürriyetinden yoksun bırakan ana- babanın fiili, tedip hakkı kapsamında değerlendirilemez. Zira, 18 yaşından büyük çocuklar üzerinde, ana- babanın velayet hakkı yoktur. 18 yaşından küçük çocuklar üzerinde ise, ana- babanın tedip hakkı vardır. Ancak, zorla evlendirme çocuğun menfaatlerine aykırıdır ve gelişimine zarar verir. Bu nedenle, çocuğu istemediği bir evliliğe zorlamak amacıyla gerçekleştirilen, odaya veya eve kapatmak, dışarı çıkmasına veya okula gitmesine izin vermemek şeklinde çocuğun hareket özgürlüğüne karşı gerçekleştirilen fiiller, tedip hakkının sınırları içinde değerlendirilemez.

Tıpkı yukarıda zorla evlendirmeyi “tehdit” ve “cebir” suçları açısından değerlendirirken ifade ettiğimiz gibi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suç tipinin de tek başına zorla evlendirme fiillerinin hepsini kapsamaması mümkün değildir. Zira, hürriyetten yoksun bırakma, mağduru istemediği bir evliliğe zorlamak amacıyla kullanılan değişik araçlardan yalnızca bir tanesidir.

---

<sup>93</sup> ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II- III, İstanbul 1992, s. 172.

<sup>94</sup> ÖNDER, s. 172.

<sup>95</sup> Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir karar oldukça önemlidir. Söz konusu kararda Mahkeme, yerleşim yeri değişikliği çocuğun menfaatleri açısından yararlı olmayacaksa, velayet hakkına sahip olan ebeveynin çocuk kaçırma suçunun faili olabileceğini belirtmiştir. BGE 126 IV 221, 222 f.=Pra 2001 Nr. 90. Aktaran, WOHLERS, s.760.



## E. CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR

Zorla evlendirmede kişi, evlilik öncesinde veya sonrasında cinsel davranışlarda bulunmaya veya kendisine yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlara katlanmaya zorlanabilir. Bu durumda cinsel saldırı veya mağdur çocuksa çocuğun cinsel istismarı suçu oluşur.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda kural olarak cinsel saldırı niteliğindeki fiilin kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekir. TCK m. 102’de düzenlenmiş olan cinsel saldırı suçunda rızasızlık tipik fiilin bir unsurudur. Bu suç açısından, rızanın varlığı, fiilin tipe uygun olmasına engel olacak ve suç oluşmayacaktır. Çocukların cinsel istismarı açısından ise, kanun onbeş yaşından küçük ve onbeş yaşını bitirmiş olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların rızasına hiçbir değer tanımamıştır. Bu çocuklara karşı rızayla veya rızaları olmaksızın cinsel dokunulmazlıklarına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü davranış suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 103). Onbeş onsekiz yaş arasında kalan ve algılama yeteneği gelişmiş olan çocukların rızalarına ise, yalnızca cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan cinsel davranışlar açısından değer verilmiştir<sup>96</sup>. Bu yaş gurubundaki çocukların rızalarıyla gerçekleştirilen basit cinsel davranışlar suç olarak düzenlenmemiş, cinsel ilişki boyutuna ulaşmış olan davranışlar ise, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olarak TCK m. 104’de yaptırma bağlanmıştır.

Cinsel saldırı suçu işlenirken kural olarak cebir, şiddet veya hile gibi iradeyi sakatlayan bir vasıta kullanılmalı veya iradeyi etkileyen veya sakatlayan başka bir durum yaratılmalı veya var olan irade sakatlığından yararlanılmalıdır<sup>97</sup>. Önceden var olan bir durumdan yararlanarak veya sonradan kullanılan araçlarla mağdurun kendini savunma, eyleme karşı koyma iradesinin ortadan kaldırılması veya mağdurun iradesinin aşılması, rızasızlığın cinsel saldırı suçlarında unsur olmasının bir sonucudur. Cinsel suçlar, kanunun rızaya açıkça değer vermediği halleri hariç, mutlak surette rıza hilafına işlenmesi gereken suçlardır. Rızanın varlığı fiilin tipik olmasına engel olur. Duygusal açıdan zayıf ve sosyal açıdan bağımlı oldukları, fiziksel

<sup>96</sup> 15- 18 yaş arasındaki çocukların rızalarıyla gerçekleştirilen ve cinsel ilişki boyutuna ulaşan davranışlar ise, cinsel istismar değil, TCK m. 104’de düzenlenmiş olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturur.

<sup>97</sup> Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için, cinsel davranışların mağdurun rızası hilafına, yani iradesine, arzusuna aykırı olarak gerçekleştirilmesi zorunludur. Mağdura karşı cebir, tehdit veya hile kullanılabileceği gibi, hipnotize etme, uyuşturucu verme gibi bilinci ortadan kaldıran başka bir vasıtayla mağdurun fiile direnci ortadan kaldırılabilir. Mağdur uyuduğu veya komada olduğu için bilincinin kapalı olduğu hallerde de, ortada cinsel saldırı fiilini tipe uygun hale getiren geçerli bir rıza olmadığından suç oluşur.

ve ruhsal gelişimlerini tamamlayamadıkları için onbeş yaşından küçük çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlarda iradeyi sakatlayan unsurların mevcut olduğu kabul edildiğinden<sup>98</sup>, bu çocukların rızası cinsel suçlar açısından geçerli değildir. Ancak onbeş yaşından büyük ve algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklarla, yetişkinlere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlarda cebir, şiddet, tehdit veya iradeyi sakatlayan başkaca bir nedenin bulunup bulunmadığı, geçerli bir rızanın varlığı ayrıca araştırılır.

Cinsel suçlarda rızanın bulunmaması nasıl ki kural olarak suçun unsurlarından biriye, zorla evlendirmede de rızasızlık esastır. Cinsel birliktelik, bir evliliğin temel unsurlarındandır. Ancak evlilik geçerli bir rızaya dayalı olarak kurulmadığında, bu evlilik birliği içinde gerçekleştirilen cinsel davranışlara da geçerli bir rızanın olmayacağı aksi her zaman ispat edilebilir bir karine olarak kabul edilmelidir. Bu durumda zorla gerçekleştirilen bir evlilikte, evlilik öncesinde veya sonrasında mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal eden fiiller açısından, kişiyi evliliğe zorlayan kişi, mağdura karşı gerçekleştirilen ve suç teşkil eden<sup>99</sup> cinsel davranışlara ortak olur. Mağduru evlenmeye zorlayan kişi, anne- baba veya mağdur üzerinde etkisi, nüfuzu olan örneğin, babaanne gibi bir başkası da olabilir. Kişinin, istemediği bir evliliğe ikna edilmesi için, cinsel davranışlar bir araç olarak kullanılmış, örneğin kişiye karşı bir cinsel saldırı organize edilmiş<sup>100</sup> ve sonrasında faille evlenmeye zorlanmışsa, kişiyi evlenmeye zorlayanlar cinsel saldırı suçuna iştirak etmekten de sorumlu olacaklardır.

Burada özellikle, eşin durumu üzerinde de durulmalıdır. Eş veya nişanlı, evlendirmeye yönelik zorlayıcı fiilleri kendisi gerçekleştirmediği veya bu fiillere maddi veya manevi bir katkı sağlamadığı sürece, zorla evlendirmede fail ya da şerik olarak sorumlu tutulamaz. Zorla gerçekleştirilmiş de olsa,

---

<sup>98</sup> WOHLERS, s. 762.

<sup>99</sup> Evlilik zorla gerçekleştirilmiş olsa bile, evlilik birliği içinde gerçekleştirilen cinsel davranışların da peşinen zorla gerçekleştirildiğini söylemek her zaman doğru olmayabilir. Bu nedenle, cinsel davranışlar açısından, rızanın bulunup bulunmadığı ve fiilin suç teşkil edip etmediği, zorla evlendirmeden bağımsız olarak değerlendirilmelidir.

<sup>100</sup> 6 Ağustos 2012 tarihli Milliyet Gazetesi'nin haberine göre; Muğla'nın Fethiye ilçesinde 18 yaşındaki bir genç kız, 28 yaşındaki nişanlısından ayrılma kararı alınca, kızı evlenmeye mecbur bırakmak isteyen kızın ailesiyle, nişanlısının ailesi, ikisini aynı odaya kapatır. 3 saat boyunca kendisine tecavüz etmeye kalkan nişanlısına direnen genç kız, kaçıp jandarmaya sığınır. Kızın şikayeti üzerine, anne ve babasıyla birlikte 9 kişi tutuklanır. Bkz. <http://www.milliyet.com.tr/Yazdir.aspx?aType=HaberDetayPrint&ArticleID=1576850> (erişim tarihi: 06.08.2012). Ancak daha sonra mağdurla sanık evlenmiş, mağdur sinirlendiği için yalan söylediğini, kendisine baskı yapılmadığını beyan etmiş, bunun üzerine tutuklu bütün sanıklar tahliye edilmiştir. Bkz. <http://gundem.milliyet.com.tr/tecavuz-odasinda-kurtaran-ifade-gundem/gundemdetay/13.12.2012/1641449/default.htm> (erişim tarihi: 15.12.2012).

iptal edilmediği sürece<sup>101</sup> ortada hukuken geçerli bir evlilik vardır. Bu nedenle, evlilik birliğinin devamı süresince gerçekleştirilen cinsel davranışlar, diğer şartlar da mevcutsa, ancak TCK m. 102/2’de düzenlenmiş olan eşe karşı cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilebilir. Ancak burada da, somut olayda gerçekleştirilen cinsel davranışlara geçerli bir şekilde rıza gösterilip, gösterilmediği değerlendirilmelidir. Geçerli bir rıza varsa, evlilik zorla gerçekleştirilmiş bile olsa, cinsel suçlar açısından eşin cezai sorumluluğu doğmaz. Geçerli bir rızanın bulunmaması durumunda ise, evlenmenin nasıl gerçekleştirildiğinden bağımsız olarak, failin sorumluluğu TCK m. 102/2 çerçevesinde belirlenir.

Kişiyi istemediği bir evliliği gerçekleştirmeye zorlayanların durumu ise, zorla evlendirme fiilinden bağımsız olarak ayrıca cinsel suçlar açısından değerlendirilmelidir. Bu kişiler de zorla gerçekleştirilen evlilikte, rıza olmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, eşe karşı cinsel saldırı suçu kapsamında sorumlu olacaktır. Ancak, eşe karşı cinsel saldırı suçu özgü bir suçtur. Bu suçta, yalnızca mağdurun yasal olarak eşi kabul edilen kişi fail olabilir. TCK m. 40/2 gereğince, özgü suçlarda müşterek faillik söz konusu olmayacağından, bu suçlara ancak azmettiren ve yardım eden olarak iştirak etmek mümkündür. Bu nedenle, eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunda da mağduru zorla evlendirerek onu istemediği bir cinsel birlikteliğe zorlayan anne - baba - büyük anne gibi diğer kişiler ancak eşe karşı cinsel saldırı suçunda azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olabilir.

Çocukların zorla evlendirilmesinde de, evlilik içinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. Medeni Kanun m. 124’e göre kadın erkek her Türk vatandaşı onyediyi yaşını tamamlayarak evlenebilir. Ancak olağanüstü durumlarda ve çok önemli bir sebebin bulunması halinde hakim mümkünse ana - babayı da dinleyerek 16 yaşını tamamlamış olan çocuğun evlenmesine izin verebilir. Hakimin izniyle yapılan evlenmelerde tarafların rızalarının olup olmadığı hakim tarafından ayrıca değerlendirileceğinden, hakim izniyle yapılan evliliklerin zorla gerçekleştirilme ihtimalinin oldukça düşük olduğunu kabul ediyoruz. Ancak kanunun tarafların onyediyi yaşını tamamlamaları halinde gerçekleştirilmesine izin verdiği evliliklerin, zorla gerçekleştirilmesi mümkün olabilir. Zorla

---

<sup>101</sup> Medeni Kanun’un 148, 149, 150 ve 151. maddelerinde evliliğin nisbi butlanla sakat olduğu ve iptal edilebileceği haller düzenlenmiştir. MK m. 148’de ayırt etme yeteneğinden geçici yoksunluk, m. 149’da hata, m. 150’de hile m. 151’de ise korkutmaya yer verilmiştir. M. 151’e göre: “Kendisinin veya yakınlarından birinin hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilmiş eş, evlenmenin iptalini dava edebilir”.

gerçekleştirilmiş bile olsa, 17 yaşından büyük bir çocuğun evliliği de, iptal edilmediği sürece geçerli bir evliliktir. Bu nedenle, MK m. 151 gereğince nisbi butlanla sakat bir evlilik içinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar da, çocuğun cinsel davranışlara rızasının bulunup bulunmamasına göre değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, rızanın varlığı halinde, TCK m. 104’de düzenlenmiş olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmaz<sup>102</sup>. Zira ortada iptal edilinceye kadar hukuken geçerli bir evlilik vardır. Fail bir başkasıyla değil, eşyle ve onun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini düşünmektedir. Rızanın bulunmaması halinde ise, TCK m. 103’de düzenlenmiş olan çocuğun cinsel istismarı suçu değil, TCK m. 102/2’de düzenlenmiş olan eşe karşı cinsel saldırı suçu oluşur.

Geçerli bir evlilik olmaksızın, bir çocuğun imam nikahı veya başka bir adla bir başkasıyla birlikte yaşamaya zorlanması ve bu birliktelik sırasında cinsel dokunulmazlığına karşı bazı fiillerin gerçekleştirilmesi halinde ise, hem çocuğa karşı bu cinsel davranışları gerçekleştiren kişinin, hem de çocuğu bu davranışlara katlanmaya zorlayan ana- baba veya başka bir kişinin cezai sorumluluğunun doğacağına tereddüt etmemek gerekir.

Cinsel saldırı suçuyla cinsel özgürlük<sup>103</sup> ve cinsel dokunulmazlık<sup>104</sup> hukuki koruma altına alınırken, çocuğun cinsel istismarı suçuyla çocukların cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlükleri<sup>105</sup> korunur. Dolayısıyla geçerli bir rıza olmaksızın kişinin cinsel davranışlarda bulunmaya veya kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlara katlanmaya zorlanması, kişinin cinsel özgürlüğünü veya çocuğun cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlüğünü ihlal eder. Buna karşın kişinin istemediği bir evliliğe zorlanması, kişinin evlenme veya evlenmeme yönünde karar verme hakkının yani kendi geleceğine ilişkin karar verme, irade oluşturma ve oluşturduğu irade doğrultusunda hareket etme özgürlüğünün ihlali anlamına gelir. Dolayısıyla cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarıyla korunan hukuksal değer, zorla evlendirme fiilleriyle ihlal edilen hukuksal değerle örtüşmemektedir. TCK’da düzenlenmiş olan cinsel suçlarla yalnızca kişinin cinsel özgürlüğü, cinsel tercihlerini özgürce belirleme hakkı ve çocuklar açısından cinsel yönden istismar edilmeme hakkı korunur. Buna karşın, kişinin özgürce evlenmeye veya evlenmeyi reddetmeye karar verme, dolayısıyla kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin cinsel özgürlüğünü koruma altına alan suç tipleri kapsamında hukuki himaye bulmaz.

<sup>102</sup> Karşı görüş için bkz. ÖZBEK ve Diğerleri, s. 347.

<sup>103</sup> TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 293.

<sup>104</sup> ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2008, s. 206.

<sup>105</sup> ÖZBEK ve Diğerleri, s. 332.

## F. KÖTÜ MUAMELE SUÇU

TCK m. 232'ye göre, aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse cezalandırılır. Aile düzeninin sağlanması ve ev düzenini<sup>106</sup> koruyan bu suç tipinin ihlal edilebilmesi için, aynı konutta birlikte yaşayan kişilere karşı merhamet, acıma, sevgi ve şefkat duyguları ile bağdaşmayacak<sup>107</sup> davranışların gerçekleştirilmesi gerekir. Madde gerekçesinde de kötü muamele şu şekilde açıklanmaktadır: “... Ancak, her türlü kötü muamele, suçun oluşmasını olanaklı kılmaz. Kötü muamelenin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte bulunmaması gereklidir. Ancak bu muamele biçimi kişide basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş ise, artık kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir. Yarı aç veya susuz bırakma, uyku uyutmamak, zor koşullarda çalışmaya mecbur etmek gibi hareketleri kötü muameleye örnek olarak vermek olanaklıdır”.

Kötü muamele olarak nitelendirilebilecek olan fiilin, tedip ve terbiye hakkının kullanılması niteliği taşıyan fiillerden ayırt edilebilmesi için, terbiye sınırlarını aşmış merhamet, acıma ve şefkat duygularıyla bağdaşmayacak nitelikte olması ve ayrıca süreklilik arz etmesi gerektiği<sup>108</sup> kanaatindeyiz. Kötü muamele teşkil eden fiilin başka bir suç oluşturmaması da gerekir. Eğer fiil aynı zamanda başka bir suç tipini daha ihlal ediyorsa, örneğin hakaret niteliği taşıyorsa fail bu suçtan cezalandırılır.

Kişiyi istemediği bir evliliğe zorlamak amacıyla tehdit, cebir, hakaret, bir yere kapatma vs. gibi çok farklı fiillere başvurulur. Failin, kişiyi evliliğe zorlamak için gerçekleştirdiği fiilin kötü muamele suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için, fiilin başka bir suç teşkil etmemesi gerekir. Eğer fiil, kanunun başka maddelerinde düzenlenmiş olan suç tiplerine uygun bir fiil niteliğindeyse, artık fail kötü muamele suçundan değil, örneğin TCK m. 106, m. 108, m. 109, m. 125'deki suçtan cezalandırılır<sup>109</sup>. Dolayısıyla, zorla evlendirme amacıyla gerçekleştirilen fiillerden ancak çok az bir kısmı kötü muamele suçu kapsamında cezalandırılabilir, üstelik de failde bulunan zorla evlendirme amacı cezalandırmada göz önünde bulundurulmayacaktır.

<sup>106</sup> ÖZBEK ve Diğerleri, s. 800.

<sup>107</sup> 765 sayılı TCK'da rahim ve şefkatle kabili telif olmayan fiillerin kötü muamele suçunu oluşturacağına ilişkin açık ifadeye, 5237 sayılı TCK m. 232'de yer verilmemesi, kötü muamele oluşturan fiillerin rahim ve şefkatle telif edilmesi mümkün olmayan bir nitelik taşıması gerektiği gerçeğini değiştirmez. Bkz. ÖZBEK ve Diğerleri, s. 801.

<sup>108</sup> ÖZBEK ve Diğerleri, s. 802.

<sup>109</sup> Nitekim Yargıtay, eşine sürekli “seni dağdan getirip adam ettim” diyen failin fiilinin hakaret suçunu oluşturduğuna karar vermiştir. 4. CD, 03.03.2009, 2007/7891- 209/3806.

Oysaki bu tür fiillerde failin saiki çok önemlidir ve kanaatimizce cezalandırmada öncelikle dikkate alınmalıdır.

Zorla evlendirme fiillerinin ihlal ettiği hukuksal değerle, kötü muamele suçunu oluşturan fiillerin ihlal ettiği hukuksal değer de örtüşmez. Kötü muamele suçları, aile düzenini<sup>110</sup>, bu düzeni ihlal eden fiillere karşı korumak amacını güder. Buna karşın zorla evlendirme fiili, aile düzenini değil, kişinin irade özgürlüğü ihlâl eder. Dolayısıyla, zorla evlendirme fiilini kötü muamele suç tipi altında sınıflandırmak mümkün değildir.

### G. HAKARET

Bir kişiye onur şeref ve saygınlığını rencide edebilecek şekilde, somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek suretiyle onur, şeref ve saygınlığına yapılan saldırılar TCK m. 125 vd. maddeleriyle cezai yaptırıma bağlanmıştır. Hakaret suçuyla, kişinin sırf insan oluşundan dolayı sahip olduğu onur, şeref ve toplumdaki diğer bireylerin ona duyduğu saygı ve toplumsal itibarı<sup>111</sup> korunur. Hakaret, kişinin rıza göstermediği bir evliliğe razı edilmesi amacıyla gerçekleştirilen araç suçlardan biri olabilir. Ancak kanaatimizce, hakaret suçu da tek başına hem koruduğu hukuksal değerlerin farklı olması, hem de fiil unsuru zorla evlendirme vasıtalarının tamamını kapsamadığı için, zorla evlendirmenin cezalandırılmasında yetersiz kalır.

Gerçekten de, hakaret suçunun fiil unsurunu oluşturan sövme, evliliğe zorlamada başvurulan bir yöntem olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin kişiye, “salak”, “aptal”, “geri zekalı”, “serseri”, “fahişe”<sup>112</sup>, “şıllık”, “soysuz”, “kanı bozuk”, “orospu çocuğu” gibi yakıştırmalarda bulunulması sövme teşkil edecektir. Buna karşın kişinin onur, şeref, başkalarının yanındaki saygınlığına ve toplumsal itibarına saldırı niteliği taşımayan, “Allah belanı versin”, “Allah cezanı versin”, “Allah seni kahretsin”, “sana verdiğim emekler zehir, zıkkım olsun”, “sütüm haram olsun” şeklinde beddualar sövme teşkil etmeyeceğinden<sup>113</sup>, hakaret suç tipi kapsamında değerlendirilmez. Ancak aynı ifadeler, kişiyi evlenmeye zorlamada, mağdur üzerinde psikolojik baskı kurma ve zorlama vasıtalarından biri olabilir.

<sup>110</sup>TCK m. 232/1’de aile düzeninin, TCK m. 232/2’de düzenlenmiş olan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçu ile ise, mağdurun hayat, beden tamlığı veya sağlığının korunduğuna ilişkin olarak bkz. NUHOĞLU, AYŞE, Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul 2009, s. 100.

<sup>111</sup> ÜZÜLMEZ, İlhan, Hakaret Suçu, CHD Nisan 2010, Y. 5, S. 12, s. 43; ÖZBEK ve Diğerleri, s. 452.

<sup>112</sup> ÜZÜLMEZ, Hakaret, s. 49.

<sup>113</sup> YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ ALŞAHİN, Mehmet, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, TBBD, S. 68, Ocak- Şubat 2007, s. 53; ÜZÜLMEZ, Hakaret Suçu, s. 50.

Hakaret suçunun oluşması için failin özel bir saikle hareket etmesi gerekmez, genel kast suçun oluşması için yeterlidir<sup>114</sup>. Failin, kullandığı sözlerin ve yaptığı hareketlerin muhatabının onurunu, şerefini ve saygınlığını zedeleyici nitelikte olduğunu bilmesi ve bu neticeyi istemesi yeterlidir. Failin, örneğin mağduru evlenmeye zorlamak veya mağdur üzerinde manevi baskı kurmak gibi, ayrıca özel bir amaçla hareket etmiş olmasının, hakaret suçunun oluşması açısından bir önemi yoktur. Buna karşın zorla evlendirmede, failin amacı belirleyici bir şekilde öne çıkar ve fail bu amaca ulaşmak için hakaret ve sövme dahil pek çok araç kullanabilir.

Dolayısıyla, hakaret suçunun düzenlendiği TCK m. 125 vd. zorla evlendirme fiillerin cezai yaptırıma bağlanmasında yeterli olmayacaktır.

## VI. SONUÇ

Zorla evlendirme, bugünkü toplumsal gelişmişlik düzeyinde dahi ülkemiz açısından önemli bir insan hakları sorunudur. Bu fiillerin gelenek, görenek veya dini inanç bağlamında değerlendirilmesi ve hukuka uygun kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim Türkiye taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle, erkek veya kadın tüm bireylerin pozitif ve negatif evlenme özgürlüğünün olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca, 11 Mayıs 2011 tarihli “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi”ni onaylayarak, zorla evlendirmeye mücadele etmek için iç hukukunda gerekli hukuki ve cezai her türlü yasal düzenlemeyi yapacağını taahhüt etmiştir.

Yukarıda yapılan değerlendirmelerde, zorla evlendirme fiillerinin, ceza hukuku açısından herhangi bir suç tipi altında toplanması ve kişinin evlenme veya evlenmeme konusunda irade oluşturma ve iradesi doğrultusunda davranma özgürlüğünü ortadan kaldıran fiillerin, cezalandırılmasının mümkün olmadığı görülmüştür. Kadına karşı şiddet ve bunun bir yansıması olarak gördüğümüz zorla evlendirme ile gerçekten mücadele edilmek isteniyorsa, bu konuda alınacak tedbirler medeni hukuk yaptırımlarıyla sınırlı kalmamalıdır. Kanun koyucu zorla evlendirme yoluyla gerçekleşen insan hakları ihlallerine göz yummayacağını, TCK’da düzenleyeceği bağımsız bir suç tipiyle ortaya koymalıdır.

---

<sup>114</sup> ÜZÜLMEZ, Hakaret Suçu, s. 55; ÖZBEK ve Diğerleri, mağdurun halkın hakaret ve husumetine maruz bırakılmasını suçun bir unsuru olarak görmekte ve failin iradesinin bunu da kapsamı gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz. ÖZBEK ve Diğerleri, s. 470.

Zorla evlendirmeyi suç sayan bir ceza normuna ihtiyaç olmadığı ve zorla evlendirmeye karşı kamuoyunu bilinçlendirmeye yönelik kampanyalar aracılığıyla daha etkin bir şekilde mücadele edilebileceği yönünde görüşleri sürülebilir. Ancak zorla evlendirmeyi suç haline getiren ayrı bir ceza normunun ihdas edilmesi özellikle, cezanın uyarı fonksiyonunu yerine getirmesi ve toplumsal genel- pozitif önleme<sup>115</sup> açısından yararlı olacaktır. Zira, genel önleme teorisine göre, cezanın amacı toplumsal önlemedir. Bir fiilin yasaklanması ve kendisine cezai yaptırım bağlanması, toplumda o fiille ilgili hukuki bir bilincin ortaya çıkmasını sağlar. Kanun koyucu tarafından konan bir yasağın çiğnenmesi halinde, yasağı çiğneyen kişinin cezalandırılacağını bilmek, diğer vatandaşların hukuk düzenine güven duymasını ve onların hukukun çizdiği sınırlar içinde kalmasını temin eder. Bu yolla hukuk düzenine karşı kazanılan güven duygusu, vatandaşları hukuka uygun hareket etmeye yönlendirir<sup>116</sup>. Ceza normları, toplumdaki bireylere neyin yasak olduğunu önceden söyler. Neyin yasak olduğunu ve bu yasağı çiğneyenlerin cezalandırılacağını önceden bilmek, toplumdaki bireylerin hem hukukun kendileri için çizdiği sınırlar içinde kalmalarını, hem de hukuk düzenine güven duymalarını sağlar. Zorla evlendirmeyi cezai yaptırıma bağlayan bir norma Türk Ceza Kanunu'nda yer vermek de, toplumu oluşturan bireylere, devletin bu fiilleri hoş görmediğini ve cezalandıracağını gösterecek ve böylece onları temel bir insan hakkı ihlalden uzak tutacaktır. Ayrıca toplumun yarısını oluşturan ve zorla evlendirme fiillerinin mağduru olan toplumun kadın bireylerinin, hukuk sistemine olan güven duygularının gelişmesi de mümkün olacaktır. Bu ise, zorla evlendirmeyle mücadelede her türlü bilinçlendirme kampanyasından daha etkili bir yöntemdir ve hiçbir bilinçlendirme kampanyasıyla elde edilemeyecek ölçüde büyük bir kazanımdır.

Böyle bir normun sembolik bir anlam taşımaktan öteye gitmeyeceği ve ispat sorununun olacağı eleştirisi de yapılabilir. Ancak, zorla evlendirmeyi cezai yaptırıma bağlayan bir suç tipi, TCK'nda yer alan, sembolik veya ispat sorunu olan yegâne suç olmaz. Örneğin, birden çok evlilik, hileli evlenme ve aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptırmayı cezalandıran TCK m. 230, kanun koyucunun evlenmeye ilişkin belirli bazı fiilleri onaylamadığını gösteren sembolik bir ceza normudur. TCK m. 102/2'de düzenlenmiş olan eşe karşı cinsel saldırı ise, zorla evlendirmeden çok daha büyük ispat sorunlarını beraberinde taşımaktadır. Ancak buna rağmen, söz konusu suç tiplerine TCK'da yer verildiğine göre, ispat sorunu veya sembolik bir anlam taşımaktan öteye gitmeyecek olmasına ilişkin eleştiriler, zorla evlendirmenin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesine de

<sup>115</sup> HEINRICH, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Stuttgart 2010, kn. 17

<sup>116</sup> HEINRICH, kn.17.



engel teşkil etmemelidir. Kaldı ki, TCK m. 230/3’de evlilik sözleşmesinin hileyle yapılmasının (evlenme dolandırıcılığı), kanun koyucu tarafından cezalandırılan bir davranış olarak düzenlenmiş olması; bizi aynı sözleşmenin cebir veya tehdit veya başka bir zorlama aracıyla yapılmasının evleviyetle cezalandırılabilceği mantıksal sonucuna götürür.

Yapılacak olan yasal düzenlemede, konuya ilişkin en yeni hükmü içeren AİCK §237 esas alınabilir. Buna göre: (1) “ Her kim bir başkasını hukuka aykırı olarak cebir veya tehditle evlenmeye zorlarsa, ... cezalandırılır.

(2) Zorla evlendirmek amacıyla, kişi cebir, tehdit veya hileyle ülke dışına çıkarılır, kaçırılır veya kaçırıldığı yerde alıkonulur veya ülkeye geri dönmesine herhangi bir şekilde engel olunursa, fil yukarıda fıkroda gösterildiği gibi cezalandırılır”

şeklinde düzenlenecek bir suç tipine, TCK’nın “Hürriyete Karşı Suçlar” başlığını taşıyan ikinci kitap, ikinci kısım, yedinci bölüm içinde yer verilebilir.

## KAYNAKÇA

1. ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2008.
2. BUSCH, Arno, Eine Frage Der Ehe, NJ 2010, (s. 18- 29).
3. BUCHLER, Andrea, Zwangsehen in zivilrechtlicher und internationalprivatrechtlicher Sicht, FamPra.ch 2007, (S. 725- 750), www.swisslex.at (erişim tarihi 25.06.2012).
4. BULTE, Jens/ BECKER, Raymond, Der Begriff der Ehe in §237 StGB, ZIS 2012, (s. 61-67).
5. EISELE, Jörg/ MAJER, Christian F, Strafbarkeit der Zwangsheirat nach §237 StGB im Lichte des Internationalen Straf- und Privatrechts, NSTZ 2011, (s. 546-552).
6. ELÇİ, Mehmet Harun/ BOZOKLU, Saide, Dünyadan Hukuk Haber, İngiltere’de Zorla Evliliğe Ceza, ESAS Aylık Hukuk Dergisi, Aralık 2011.
7. ERBAYDER PAKSOY, Nuket, Erken Yaşta (Zorla) Evlendirme, [http://www.docstoc.com/docs/105295408/Erken-Yasta-\(Zorla\)-Evlendirme](http://www.docstoc.com/docs/105295408/Erken-Yasta-(Zorla)-Evlendirme), (erişim tarihi: 25.07.2012)
8. EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993.
9. EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. III, Özel Hükümler, Ankara 1985.
10. ESER, Albin, Vorbemerkungen zu den §§234 bis 241a, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., München 2001.
11. FADLALLA, Mohamed, “Zwangsheirat- die Änderungen des Personenstandsgesetz und das neue Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat”, FPR 2011,(s. 449-451).
12. FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl., München 2012.
13. GÜLŞEN, Recep, Hürriyeti Tahdit Suçları, Ankara 2002.
14. GÜVEN, Mustafa, Tehdit Suçunun Objektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme, AD 1987, Y. 78, S. 4, (s. 52-72).
15. GÜVEN, Mustafa, Kişisel Özgürlüğü Sınırlandırma Cürmü ve Şartlı Tehdit Cürmü İle Karşılaştırması, AD 1981, Y. 72, S. 3, (s. 311- 324).
16. HEINRICH, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Stuttgart 2010.

17. HEFENDEHL, Roland, Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, JA 2011, (s. 401-406).
18. KALTHEGENER, Regina, Strafrechtliche Ahndung der Zwangsverheiratung, in [http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Zwangsverheiratung-20Forschungsreihe-Band\\_201,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf](http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Zwangsverheiratung-20Forschungsreihe-Band_201,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf), (erişim tarihi 20.06.2012).
19. KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 453, Yenilenmiş Altıncı Baskı, 1981.
20. KOCA, Mahmut, Yağma Cürümleri, Ankara 2003
21. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Şartlı Tehdit Suçunda (TCK m. 188) Koşul Ögesini Gerçekleştirmenin Yalnızca Mağdurun İradesine Bağlı Olması Şart Mıdır? (Karar İncelemesi), AÜEHFD, C. VI, S. 1-2 (2002), (s. 197- 210).
22. LETZGUS, Klaus, Strafrechtliche Bekämpfung der Zwangsheirat, in PUPPEFS, Berlin 2011, (s. 1231- 1245).
23. LETZGUS, Klaus, Der neue Straftatbestand der Zwangsheirat, in FPR 2011, (s. 451- 456).
24. MEIER, Yvonne, Zwangsheirat- Rechtslage in der Schweiz, Rechtsvergleich mit Deutschland und Österreich, 2010, <http://siwisslex.at> (erişim tarihi: 13.03.2012).
25. NUHOĞLU, AYŞE, Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul 2009.
26. ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II- III, İstanbul 1992.
27. ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,2. Baskı, Ankara 2011.
28. ÖZEK, Çetin, Türk Ceza Kanunu'na Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, İÜHF, C. XXXIX, S.4, (s. 933- 995).
29. SCHUBERT, Karin/ MOEBIUS, Isabella, Zwangsheirat- Mehr Als nur ein Straftatbestand: Neue Wege zum Schutz der Opfer, ZRP 2006, (s. 33- 37).
30. SERING, Christian, Das neue "Zwangsheirat- Bekämpfungsgesetz", in NJW 2011, (s. 2161-2165).
31. ÜZÜLMEZ, İlhan, Hakaret Suçu, CHD, Y. 5, S. 12, Nisan 2010, (41- 71).
32. ÜZÜLMEZ, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007.
33. T.C. Başbakanlık Aile Ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, "Türkiye'de Aile Yapısı Araştırması 2006" Ankara 2010, Birinci Basım, İstanbul 2010.

34. T.C. Başbakanlık Aile Ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, “Türkiye’de Aile Değerleri Araştırması”, 1. Basım, Ankara 2010.
35. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010.
36. TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2008.
37. VALERIUS, Brian, Gedanken zum Straftatbestand der Zwangsheirat (§237 StGB), in JR 2011, (s. 430- 434).
38. WOHLERS, Wolfgang, Zwangsehen in strafrechtlicher Sicht, FamPra.ch 2007, (s. 752- 768), (Hrsg. Andrea Büchler, Ingeborg Schwenzer), www.swisslex.com (13.03.2012).
39. YAZICIOĞLU, Yılmaz, Tehdit Suçu Üzerine, YD, Yıl 1993, C. 19, S. 3, (s. 236- 247).
40. YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ ALŞAHİN, Mehmet, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, TBBD, S. 68, Ocak- Şubat 2007 (s. 43- 93).
41. YERLİKAYA, Hayriye/ ÇAKIR- CEYLAN, Esmâ, “Zwangs- und Scheinehen im Fokus Staatlicher Kontrolle”, ZIS 2011, (s. 205- 213).
42. YILDIZ, Ali Kemal, “Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları (TCK m. 106, 107, 108)”, Alman- Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul 2010, (s. 475- 526).

#### **YARARLANILAN DİĞER İNTERNET KAYNAKLARI**

1. <http://ihami.anadolu.edu.tr>
2. <http://kazanci.com.tr>
3. [www.swisslex.at](http://www.swisslex.at)
4. <http://www.krone.at>
5. <http://www.bundestag.de>
6. <http://tdkterim.gov.tr>
7. <http://www.unicef.org.tr>
8. <http://www.parlament.ch>
9. <http://www.humanrights.ch>
10. <http://www.milliyet.com.tr>
11. <http://www.legislation.gov.uk>
12. <http://www.ejpd.admin.ch>
13. [www.inhak.adalet.gov.tr](http://www.inhak.adalet.gov.tr)

## VATANDAŞLIK HUKUKUNDA TELSİK

*Prof. Dr. Erdoğan GÖĞER*

### I. Konu

Biat (Allegiance) uygulaması bireyin ülkesinde veya topraklarında oturduğu hükümdarın (efendinin, beyin, derebeyinin, şövalyenin) bağımlısı (tâbii) olduğu ilkesine dayanır. Birey ile hükümdar arasında bulunduğu varsayılan biat yemini (oath of allegiance) tebaiyeti oluşturur. Biat Hukukunun temeli olan yeminn birinci özelliği babadan oğula geçmesi ve tüm aileyi bağlamasıdır. İkinci özellik yeminin, bozma yasağı nedeniyle daimiliğidir. Üçüncü özellik, hükümdarın şahsına özgü (münhasır-exclusive) bağlılık yemininin hükümdarın ömrüyle veya iktidarı süresiyle sınırlı olmamasıdır. Nihayet, toprak ile bireyin bir bütün sayılmaları nedeniyle bireyin yer değiştirme, ikametgâh seçme hakkı yoktur.

Bireyin, geçici olarak ve izin ile ikametgâhından veya ülkesinden ayrılması bir temel hak ve özgürlük ilkesine dayanmaz. « Rusya Devleti'nin gerek rehabin zümresinden ve gerek sair reayasından olanlar tamamen ruhsat verile ki Kudüs'ü Şerif ve şayeste-i ziyaret olan sair mahalleri ziyaret edeler». (1774 Kaynarca Andlaşması Md. 8). (Metin için bkz. Erim, Uluslararası Hukuk ve Siyasi Tarih Metinleri, C. I, Ankara 1953, s. 124).

Biat Hukukunun kabul ettiği tâbiyet değiştirme hali savaş sonucunda fetih edilen veya yitirilen arazi de oturanlar yönündendir. Kaynarca Andlaşması Md. 17'ye göre, « Terk-i vatan idüp ahar mahalle varmak rağbetinde olanlar tamamen mal ve eşyalarıyla nakil etmek» üzere „ Ruhsat virilür“. „Tarafeynin reayalarının“ yer değiştirmeleri, bir ülkeden digesine yerleşmek niyetiyle gitmeleri ruhsat almalarına bağlıdır.“ Aynı „Ruhsat“ alma durumu 1812 tarihli Bükreş Andlaşması Md.7'de de yinelenmiştir. (Erim, age, s. 251). 1791'de Avustuya ile Osmanlı Devletinin yaptığı Zıştov Andlaşması Md. 8'de vatanlarını terk edenlerin hukuki statüsü saptanmaktadır. „...canib-i ahârın arazisine çekilmiş ve riayyetini kabul idüp rızaen ikâmet eden reaya'yı cenibeyn tabiî devletleri tarafından bir vakitte iade olunmaları iddia olunmayıp tebeiyyet eyledikleri devletin reaya'sı sairesi gibi“ addolunurlar. (Erim, age, s. 138).

Seçme hakkına yönelik hükümler, en önde gelen belli bir süre ikamet koşulunu ve takdire dayalı egemenlik tasarrufunu içermezler. Düzenlenmesi öngörülen ruhsat „Telsik Belgesi“ olmayıp bir seyahat izni niteliğindedir. Hükümler Biat Hukuku'nun önemli ilkelerinden birisi olan bireyin toprakla birlikte tâbiyet bağının değiştiğini gösterirler. Biat Hukuku'nda Telsik olmadığı sonucuna varılır. Dünyevî Biat alanında olduğu gibi Dinî Biat'da da Telsik yoktur.

Kur'an-ı Kerim Fetih Suresi Âyet 10 „gerçekten sana biat edenler ancak Allah'a biat etmiş olurlar“ hükmünü getirmektedir. (Rıdvan Biati). İslâm'da biat Allah'a teslimiyet ve O'na tam anlamıyla itaat ve bağlılıktır. Dinî biat, taraflarının aynı dinden olmaları ve ölünceye kadar itaat ve bağlılık duymaları anlamındadır. Biat'ın konusu dinen helâl sayılan bir husus olmalıdır. Bireyin rızası ve istenci esastır. Kadın çocuk, esir köle vs. kişiler biat edemezler.

Doğu Hıristiyan Kiliseleri ve Müslümanlık din devleti dizgesini benimsemeleri nedeniyle Dünyevî Biat Hukuku yapılanmasını kabul etmezler. Tanrının olan mülkü hükümdar, O'nun lutfuyla ve elçisi ulu peygamberin yardımlarıyla yönetir. Peygamberin Allah'ın elçisi olduğuna iman eden her mümin, ayrı bir yemine gerek kalmadan hükümdarın bendegânıdır...

Dinî düzenlemeden (şeriat) ayrılan Biat Hukuku dünyevîdir. Taraflar arasında din veya mezhep eşitliği aranmaz. Müslüman bir Pakistanlı protestan İngiliz Kralına biat edebilir. Dinî olmayan biat dinen caiz olmayan hususlara da geçerlik tanıyabilir. Pakistanlı bir müslüman'ın Protestan İngiliz Kralına biat etmesinin dinen caiz olduğu söylenemez.. Dünyevî Biat günümüz Vatandaşlık Hukuku'nun öncüsüdür.

Dini biat kulun Allah'a, Dünyevî Biat kulun hükümdara olan bağlılığına yöneliktir Ulviyeti olmayan hükümdara bağlılık yemini ile Peygambere ve O'nun Şeriatına bağlılık yemininin birbirine karıştırılmasının dinen günah sayılması yadırganamaz. Dinî Biat Allah'ın inayetine ve cennetine ulaşma amacını içeren uhrevî bir beklentidir. . Birey hükümdara bağlılık, itaat ve gönülden hizmet yemini ederken dünyevî karşılık bekler. Hükümdar ise tebaayı yönetme ve koruma yükümü altına girer. (regere et protegere subditat'sous). (Allegiance ile ilgili bilgiler hk. bkz. Piggott, Francis T., „The „ligeqance of the King“, A Study of Nationality and Naturalization, London; Paggott, British Nationality and State of Aliens Act, 1914, s. 67 vd. ). Karşılıklılık değişik biçimde de olsa, her iki biat uzun süre geçerliklerini korumuştur.

Tebaanın hükümdara biat yemini Dünyevî Biat Hukuk'unun bir genel varsayımdır. Telsik de sadakat (loyalty) yemini ise . bir varsayım olmayan

özel edimli bir işlemdir. Biat Hukuku, „hükümdarın dini halkın dini“ olduğuna ilişkin ilkeye bağlı kaldığı sürece Telsik kurumunu kavrayamamıştır. Telsik, din ve soydan bağımsız somut ikamet, yabancının topluma uyum sağlaması (bütünleşme-entegrasyonu) olgularından hareket ederek bireyi vatandaş kılar. Telsik, hükümdara bağlılık ve itaat yemini yerine devlete soyut hukuki bağ kurulması aracıdır. Lâik hukuk düzeni, Dinî Biat veya hükümdara bağlılık yemini yerine, devleti temsil eden ve daha lâik bir simge olan bayrağa bağlılık yemini (pledge allegiance to the flag and the republic) getirmiştir. Bayrak töreni, devletin resmi bayrağı altında yemin, Resmî Tatiller lâik devletin ve onun Vatandaşlık Hukuku'nun temelleridir.

Biat Hukukunun iki temel kuralından birisi insanın toprak ile bütünleşmesi (the land of my fathers) ve diğeri toprak sahibine bağlılık ve itaat yemini. XV. yy. Rönesans düşüncesi biat kurallarına ve uygulamasına kuşkuyla bakmıştır. Hükümdara bağlılık, sadakat ve itaata dayanan tebaa anlayışı insanlar arası eşitlik kuralına terstir. Biat'ın sürekliliği ve değişmezliği de istenç özgürlüğüyle bağdaşmaz. İnsanı toprağa bağlayarak mülk haline getirmek insan olma haysiyetine aykırıdır.

Yetkin insan istencini kullanarak doğumdan kazanlığı tâbiyetini değiştirebilmelidir. Tâbiyet bağı devlet ile birey arasında olmalı, lâik ve hukuki bir yapıya kavuşturulmalıdır. Bireyin istencine devlet saygı duymalı ve isteği yönünde tâbiyet bağının gerçekleşmesine yardımcı olmalıdır. 1620'de Amerika Kıtasına göçen İngiliz, İskoç ve İrlanda'lılar Hümanist anlayışın etkisinde kalmışlardır. Yaptıkları işlerin başında, Biat Hukuku'nun Tebaa (subject) deyimini yerine Antik Yunan'dan kalma Yurttaşlık (citizenship). uygulamasını yeniden hayata geçirmeleri gelir. (Weber, M., Citizenship in Ancient and Medieval Cities, Minneapolis, 1998, s. 48 vd.; Miller, D., Citizenship and National Identity, Cambridge 2000, s.45 vd. ).

İncelemenin ilk başlığı, vatandaşlığın üst kavram oluşuna ve yurttaşlık ile arasındaki ilişkiye değinecektir. Soyut üst kavramı anlatan Vatandaşlık ile somut ikamet olgusuna dayalı yurttaşlığın Telsik açısından önemi gösterilecektir. Doğumla kazanılan tâbiyetin (natural allegiance) teklifinin, şahsılığının, saltlığının hakkaniyete uygun olmayan sonuçlarını gidermede esnek bir Telsik kavramının önemine değinilecektir. Büyük Britanya'nın siradişi tebaa (subject- Monarchs' subject - uyruk) uygulaması uzun süre varlığını korumuştur. Ancak, 1787 tarihli ABD Ay., 1789 Fransız Devrimi ve 1791'deki ABD (Amerika Birleşik Devletleri) Ay. Zeyl 1 vd. ile U.S. Bill of Rights'in uygulanmaya başlanmasıyla, bireyin tebaa (subject) olduğu devir kapanmış ve devletin dinden ayrılmasını öngören lâiklik ilkesine uygun „Vatandaşlık“ kavramı oluşturulmuştur.

İkinci başlık, Vatandaşlık Hukuku'nun kapsamının gelişmelerden etkilenişi üzerinde duracaktır. Vatandaşlık Hukuku'nun konusu, soyut vatandaşlık yasalarının koyduğu hükümlerden ibaret olmamalı ve yabancı'nın ülkede sürekli ikamet sonucunda devlet ile arasında oluşan hukuki bağı da kapsamalıdır. Ülkede sürekli mukim yabancı'nın bir hukuki statü kazanması sonucunda ülkede birisi vatandaş yurttaş (national citizen), diğeri yabancı yurttaş (alien citizen) olmak üzere iki tür yurttaş var olmuştur. Her iki tür yurttaş ile devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen yasalar iki ayrı hukuki bağa varlık vermiştir. Gelişmelerin Vatandaşlık Hukuku'nun kapsamı ve içeriği üzerinde ki etkileri konusuna değinilecektir.

Telsik kavramı ayrı bir başlıktır. Çok zaman alan ve pahalı olan Telsik işlemi engelini aşmak amacıyla Telsik'in türlere ayıldığı belirtilecektir.. Telsik'den daha esnek, devletle birey arasında sürekli ikamet (mutlak ikamet hakkı) ilkesine dayanan fiili yurttaşlık bağı ihya edilerek, kolay ve ucuz yoldan bireyin istencine uygun bir düzen oluşturulma çabalarının Telsik üzerindeki etkilerine yer verilecektir.

İdari işlemler bütünü Telsik'in İdare Hukuku'ndan etkilenişi üzerinde durulacaktır. Bağlı Yetki ve Takdiri Yetki ayırımının Telsik uygulamasının ayrılmaz ilkesi sayılması gereği gösterilecektir. İki ayrı yetkinin Telsik türlerinin sayısına etkisi anlatılacaktır. Konuya ilişkin TVY hükümlerinin yorumuna yer verilecektir. (TVY- Türk Vatandaşlığı Yasası- 29.05.2009 kabul günlü ve 5901 sayılı- Türk Vatandaşlığı Kanunu).

Osmanlı'da Telsik konusuna da değinilecektir. Din Devleti olan Osmanlı'da günümüzdeki anlamda Telsik uygulaması yoktur. Telsik'in öğelerini içermeyen "İhtida" Telsik olarak görülemez. Şeriat hükümlerine göre yapılan din değıştirme sonucunda tebaa'dan sayılma, işlemin hukuki niteliği, toplumsal değginliği ve yurttaşlık bağı'nı aramayan bir uygulamadır. Ancak, Ahidnamelerin en azından Fevkalâde Telsik'e yer verdiği izlenimini veren bir hükmüne değinilecektir.

Telsik'in türleri sürekli gelişmekte olan bir konudur. Erek, bireyin dünya yurttaş olması yolunu açmaktır. Telsik'in asimilasyona yol açabileceği kuşkusuz, insanları sürekli oturdukları ülkede "Yabancı Yurttaş" olarak yaşama yoluna itmiştir. Devletler, yabancı yurttaş uygulamasının geniş düzeyde önlemek amacıyla Telsik'e ve takdir yetkisine esneklik getirme yolunu ararlar. Bilinen Âdi Telsik ve "Fevkalâde Telsik" iklisi dışına çıkma gereği anlaşılmıştır. Kolay veya Kolaylaştırılmış Telsik ile Otomatik Telsik türleri uygulama alanı bulmuştur.

Sosyo-politik ve ekonomik nitelik taşıyan Telsik gerçeği Vatandaşlık Hukukunu taşıyan incelemelere konudur. Telsik edilenlerin sayısı, Telsik



isteme nedenleri, Telsi isteyenlerin cinsleri, geldikleri ülkeler vs. konuları sosyolojik araştırmaların inceleme alanıdır. Telsik yoluyla yabancı devlet vatandaşlığı isteme nedenleri, Telsik başvurularını inceleme komisyonlarının değerlendirme başarı grafiği, Telsik edilenlerin yaş ortalamaları, Telsik isteklilerinin meslek grupları, Telsik isteklilerinin mesleklerinde yeni çalışma ortamına uyum sağlayamamaları halinde yeni mesleklere yönlendirilemeleri örnekleri de politik niteliktedir. ( Bu konularda bkz. Brubaker, R., Citizenship and Naturalisation in France and Germany, Cambridge 1996). Telsik'in sosyo-politik ve ekonomik yönleri inceleme dışıdır..

AB vatandaşlığı olmadığı sürece Telsik'in Birlik hukukunda önemli bir yeri olduğu söylenemez. Üye devletlerden birisini vatandaşlığını Telsik yoluyla kazanan kişi otomatik olarak Birlik yurttaşıdır. Telsik yoluyla üye devletin vatandaşlığını kazanan yabancı AB ülkelerinden birisinde yerleşik olması halinde AB yurttaşlığı deyimi yerindedir. Herhangi bir üye devlet ülkesinde yerleşik olmadan Fevkalâde Telsik yoluyla vatandaşlık kazanılması takdirinde

AB yurttaşlığı nitelendirmesi soyut anlam taşır. İkamet olgusunun olmadığı yerde yurttaşlık varsayımdan ibarettir. Avrupa yurttaşlığı Telsik konusu sayılmamıştır. (Karş. Bossuat,G, Histoire de l'union européenne, fondations, élargissement, avenir, Paris-Berlin 2009; Eren Saylan, S., AB vatandaşlık kavramı ve gelişme süreci, tez. Ankara 2007 ; Yanıkdağ, T. AB yurttaşlığı, ulus devletler Avrupasında yurttaşlık, internet. www.bilgesam.org/tr; De Groot, Toward a European Nationality Law, Maastricht 2005.).

Telsik, Vatandaşlık Hukukunun tüm diğer esaslarının önünde ve hatta üstünde gelir. Özellikle Anglo-Amerikan hukuklarında, Vatandaşlık Yasalarından önce Telsik'in bağımsız yasalarla düzenlenmiş olması onun yerinin önemini kanıtlar. 1790 tarihli ve 1795 tarihli "Naturalization Act" konuya ilişkin iki örnektir. Karmaşık, zaman ve mekâna göre değişen ABD Telsik düzenlemesine sınırlı da olsa değinilecektir. Örneğin ,Telsik de Avrupalı (beyaz) ve Afrikalı (siyahi) ayırımı 1952 yılına kadar önde gelen konulardan birisidir. Natural born deyiminin Telsik alanındaki yeri ve anlamı da zaman ve mekâna göre değişebilmiştir.

İncelemede 29.05.2009 kabul tarih ve 5901 sayılı TVY (Türk Vatandaşlığı Yasası), bağlı 06.04.2010 yayım tarihli TVYY (Türk Vatandaşlığı Kanunu Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik), ( RG Sayı 27544) esas alınacaktır. 1964 tarihli ve 403 sayılı vatandaşlık yasası ile ondan önceki mevzuata zorunluluk olmadıkça değinilmeyecektir. Ancak,

1876 Ay. ve 1860 tarihli TON (Tâbiyeti Osmaniye Nizamnaesi) Telsik açısından kısa da olsa ele alınacaktır..

## II. VATANDAŞLIK VE YURTTAŞLIK

Vatandaşlık, devlet ile kişi arasındaki hukuki ve siyasi bağı anlatan yalın bir kavram olmasına karşılık yurttaşlık anlamı değişken bir kavramdır. . Yurttaşlığın dört anlamından birisi ülke ekonomik va çalışma yaşamına üyelik (fiili bağ), ikincisi vatandaşlıkla örtüşerek eş anlam taşımak, üçüncüsü ülkesinde ikamet edilen devlet, eyâlet veya idari bölüm yönetimine nüfus kütüğüne kayıt, çalışma izni, ikamet tezkeresi nedenleriyle hukuki bağ ve son olarak da uluslararası kuruluşa aidiyet olarak sıralanabilir. Son halin örnekleri Avrupa Birliği Yurttaşlığı ve “Commonwealth Citizenship”.dir.

Üst kavram “Tam Vatandaşlık” ( full-citizenship- full-nationality) üç alt ögeyi içerir. Soyut hukuki bağ (Nationality veya yalın vatandaşlık), fiili bağ yurttaşlık (citizenship) ve toplumsal değginlik (aidiyet – nation) üçlüsünü bünyesinde toplar. Tam vatandaşlık anlamında “National Citizen” (yurttaş olan vatandaş) terimi de kullanılabilir. Vatandaşlık yasaları, Tam Vatandaşlığı düzenlemeyip “yalın vatandaşlığı”, vatandaş olmanın koşullarını ve vatandaşlığı kayıp halleri ile sonuçlarını düzenlerler. Uluslararası Adalet Divanı da vatandaşlık kavramının geniş anlamda soyut hukuki bağı ve somut gerçekliği (toplumsal aidiyeti) de içerdiğini belirtmiştir. (Vatandaşlığın gerçekliği hk. bkz. Unat, İ, Nottebohm kararı ve tâbiyerin gerçekliği ilkesi, Ankara 1966, s. 25 vd.)

Doğumla kazanılan vatandaşlık halinde Tam Vatandaşlığın her üç ögesini de açıkca kavramak güçtür. Yetkin olmayan bebeğin yurttaş sayılması varsayımdır. Bebeğin toplumsal değginliği de bir kabulden ibarettir. Yasa koyucu doğum olgusuna dayanarak soyut bir hukuki bağın varlığını kabul eder. TVY Md. 7 hükmü koşullarının yerine gelmesiyle vatandaşlık takdire gerek kalmadan kazanılır. (Bağlı Yetki). Telsik, varsayım veya kabullerden değil somut gerçeklerden hareketle, TVY Md. 20/1’de gösterilen tarihte Telsik edilen yabancı kişi Tam Vatandaşlığın her üç ögesini de içeren bir statüye sahiptir.

Doğumla kazanılan vatandaşlıkta, sonradan vatandaşlık kazandıran Telsik’in aksine gerçekleşen ilk öge hukuki bağıdır. Telsik, önce yabancının ülkede belli süre ikametini, çalışarak ekonomiye katılmasını, sonra topluma aidiyet bağını ve bunların varlığı halinde “yetkili makam kararı ile” hukuki bağın gerçekleşmesini ve vatandaşlığın kazanılmasını öngörür. (Karş. TVY Md.11 ). Doğumla kazanılan vatandaşlık “soy bağı veya doğum yeri esasına göre“ kazanılır. (TVY Md. 6/1). Telsik soy bağına ve din birliğine

değil kültür bağına ve ülkede sürekli ikamete dayanır. Doğumla kazanılan vatandaşlık “ soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi” takdirinde (TVY Md.7/3) ”kendiliğinden kazanılır.” ( TVY Md. 6/1).

- 1930 tarihli Tâbiyet İhtilâflarının Çözümüne dair Lahey Sözleşmesi Md. 4 ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Md. 15 hükmüne göre vatandaşlık temel haklardan sayılır. Ülkede sürekli mukim yabancının yurttaşlık statüsü temel hak değildir.
- Vatandaşlığı yitirme yetkili makam kararına bağlıdır. Yurttaşlık yetkili makam kararı olmadan değişir..Yabancı ülkeye yerleşen birey, ülkesinde Vatandaş Yurttaş (national citizen), yerleştiği ülkede Yabancı Yurttaş ( alien citizen) statüsündedir.
- Vatandaşlık kişinin ülkede ikametinden soyuttur. Yurttaşlık kişinin ikametiyle bağlı fiili ve somut bir olgudur. ... .
- Vatandaşlık toplumda var olan değişik kimliklerin üstünde bir bütünü anlatan soyut kavramdır. Somut nitelikteki yurttaşlık, soy ve din kimliğinden arınmış, yerleşilen ülkeyle ekonomik ve fiili bütünleşmeyi ifade eder.
- Vatandaşlık ülke içinde siyasi hakları ve ülke dışında diplomatik veya konsüler korumayı sağlar. Yurttaşlık siyasi bağ içermez ve konsüler koruma da vermez. (Oy hakkı olmayan yurttaş- Civitas sine suffragia- Mouritsen, H., The Civitas Sine Suffragio, Ancient Concept and Modern Ideology, Historia Zeitschrift für alte Geschichte , Steiner Verlag-Stuttgart, Band 56/2, 2007, s.146 vd.)
- Vatandaşlık bağının karinesi pasaport, Yabancı Yurttaşlık bağının karinesi ikamet tezkeresi veya oturma belgesi veya göçmen belgesi veyahut sığınmacı belgesidir.
- Vatandaşlık her halde yasaldir. Yurttaşlık herhalde yasal olmayabilir.Yasal ikamet ve/veya çalışma izni olmadan ülkede iş tutan ve yerleşen yabancı, fiili ikamet olgusu nedeniyle oturduğu ülke yurttaşı sayılır.
- Kan esası veya toprak esasına göre vatandaşlığın kazanılmasında ilgilinin ergin olması koşulu aranmaz. Yurttaşlık da, genelinde erginlik gerekir. Antik Yunan şehir devletinde de çocuklar “Civitas” sayılmamıştır. .

İ.S. 313’de I. Konstantin’in önce Hıristiyanlara din özgürlüğü tanınması ve arkasından Hıristiyanlığın devlet dini olmasıyla „Civitas“ın ölçütü din

bağı olmuştur. V. yy. başlarında Hıristiyan din adamı Augustinus'un „De Citate Dei“ (Tanrının şehir-devleti) başlıklı yapıtı beraberinde «Civitas Dei» (Tanrı yurttaşı- Citoyneté de Dieu) anlayışını getirmiştir. Din, yurttaşlığın ölçütüdür. Toplumun (veya devletin) her tasarrufu kutsal kitap metniyle ve Hıristiyan şeriatıyla uyumlu olmalıdır. Tanrının şehir-devletinde (civitas die de), ayırım yapılmadan tüm inançlılar eşit yurttaşdır. Yurttaşların hak ve yükümlerini de, içeriği önceden billinen dinin şeriatı gösterir. Tanrının yurttaşları ebedi barışı ararlar. İnsanlar milletlerine göre ayrılmazlar.

Günahkârlar diyarında (civitas terreria- civitas calelestus), Babil ve Roma örneklerindeki gibi insanlar milletlerine göre bölünmüşler, yurttaş ve vatandaş olarak da ayrılmışlardır. Babil ve Roma'de insanlar karışık, düzensiz (confusio) ve parçalanmış ortamda yaşarlar. İnsanların ve cemaatların haklarını politika saptar. Devlet ebedi barış yerine savaşa yöneliktir. Günahkâr devlet yarattığı karmaşık ve düzensiz ortamı adilane yönetmekle yükümlüdür. Onun adaleti hiçbirzaman ilâhi adalet olamaz. (Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.Horn,C., de civitas die, Akademie Verlag 1997, s.338 vd.; Ratzinger, J.,Volk und Haus des Gottes in Augustinus Lehre von der Kirche, München 1954, s. 276 vd.).

Rahip Augustinus'un günahkârlar devleti imana gelmiş ve hükümdar, kral, prens, derebeyinin göreve gelmesini ve görevini yürütebilmesini Papa'nın kutsamasına bağlamıştır. Devletin insanları milletlere göre böldüğü, ve karışık bir ortamda yaşattığı eleştirisini önlemek üzere din birliği ilkesi getirilmiştir. Kutsanarak göreve gelen Kral, prens veya derebeyine halk biat etmiştir. Biat (legiance veya allegiance) eden halka „Tebaa“ (subject) adı verilmiştir. Allegiance'ın varlığı, önce insan olan hükümdarın kişiliğine ve sonra Tanrının lütfuna uğramış egemen güç hükümdarın yeteneğine bağlılık, itaat ve sadakattır. Aslen elde edilen Biat (doğumdan biat-natural allegiance) devredilemez, terk edilemez, değiştirilemez. (inalienable allegiance esası). Doğumdan Biat kişinin yer ve zamana bağlı olmayan hükümdara bağlıdır.

Fetihler ve sömürgecilik yakınılan düzensiz ortamı geri getirmiştir. Günahkârlar devletinde insanlar yine bölünmüştür. Biat (Allegiance), Common Law'a göre dört türdür. 1. Ligeantia naturalis, doğumdan biat; 2. Ligeantia acquisita, kazanılan biat, örneğin Telsik veya Denizen statüsü; 3. Ligeantia Localis, ülkede yaşayan yabancılar yönünden biat; 4. Legal obedience, haklarında özel yasal düzenlenmiş olan yabancıların biat yemini (oath of allegiance) dir. Local allegiance, Anglo-Amerikan Hukuklarında önemli yeri olan „Denizen“i de kapsar. Denizen, sürekli yerleşme ve mülk edinme hakkını elde etmek üzere ücret ödemeyi ve biat yemini etmeyi kabul eden yabancıdır. Denizen askerlik.yükümünden, memur olma, seçilme,

seçme ve miras haklarından yoksundur. (bkz. .Piggott, Nationality: Nationality and Naturalization, W.Clowes and Sons 1907, s. 38 vd.; Fransman , British Nationality Law, 3. Ed. Bloomsbury Professional 2010, s.90 vd.; Parry, Clive, British Nationality Law, 1954, s. 157 vd.) Denizen, ayrılıklarına rağmen Osmanlı'daki „Müstemen“ ile karşılaştırılabilir.

İslâmiyetin millet sistemi, insanların milletlere ayırılmasına karşı olan Tanrının Devleti anlayışına uymaz. Osmanlı İmparatorluğu, Roma'nın Dünyevi Biat uygulamasındaki ahaliye uyguladığı ayırımı, farklı biçimde olsa da koşuttur. Kur'an-ı Kerim'de iki tür Biat bulunmaktadır. İlk sırada, Kur'an Maide Suresi 7. Âyet İslâm'a Biat'a ilişkindir. Müminler, Allah'ın üzerinizdeki nimetini anladık ve sizi „dinledik, itaat ettik“ dediklerinde misak bağlanmıştır. Onlar, bağlandıkları misakı unutmamalı, hatırlamalıdır. Misakın (ahd ve sözün) içeriği namazı dosdoğru kılmak, zekâtı vermek, Peygamberlerime inanmak, onları desteklemek ve ihtiyacı olanlara Allah rızası için faizsiz borç vermektir. Bunları tutarsanız andolsun ki, günahlarınızı örterim.(Maide 12). Misaka uymak, bireyin, toplumun veya devletin Allah'ın Şeriatını,yerine getirmesidir. Şeriat'a uymayanlar misakı bozduklarından lânetlenirler. (Maide 13). Allah'a Biat mümine vacipdir.

Kur'an'daki ikinci sırada İslâm Devletine ve savaşa Biat yer alır.. „Muhakkak ki, sana biat edenler, ancak Allah'a biat etmiş olurlar“ (Fetih 10). Rıdvan Biati da denilen bu Biat, Peygambere ve İslâm Devletinin hükümdarına ölünceye kadar bağlılık ve teslimiyet sözü vermektir. ( Oath of Allegiance ile koşut bir düzen). Biat ve Allegiance şahsa özeldir Kuran hükmüne dayanarak Allahın kudreti ve yardımı, sana (Semüre –Rıdvan) ağacı altında biat edenlerin itaat, vefa ve bağlılıklarının üstündedir. (Fetih 18). İslâm'da hükümdar, önce Allah'ın kudretine ve yardımına, sonra O'nun elçisi Hz. Peygambere itaat, vefa ve bağlılıklarını bildiren tebaaya (uyruklarına) güvenecektir. Osmanlı'da da ülkede oturan müslüman, Peygamberin Hâlife'si olan Sultan'a tebaiyet bağıyla bağlıdır.. Ülkede oturan müslüman, İslâm Dininin hamisi Padişah'ın tebaasıdır. (Karş. 1876 Ay. Md. 4).

Müstemen ve zimmiler, dinleri gereği Kur'an-ı Kerim'in Biat dizgesine dahil edilmezler. Her iki tür insan da, Osmanlı ülkesinde bulunmaları halinde Cizye ödemek durumundadırlar Cizye bir yandan vergi, diğer yandan hükümdara bağlılığın nişanesi olarak kabul edilebilir. Sünni olmayan Müslümanlar da Cizye ödiyerek hükümdara Biat etmiş sayılmalıdırlar. Ülkede yaşayanlar Millet-i Hâkime olan Sünni Müslümanların dışında kalan ahali müstemen, zimmi, pagan ve sünni olmayan Müslümanlar ayırımına tâbi tutulmuştur.

Tebaa ile yurttaşlık ülkede mukim sünni müslümanlar açısından örtüşür. Ülkede ikamet eden gayrimüslim tebaa da, günümüz Vatandaşlık Hukuku yönünden tebaa yurttaş (subject citizen) dir. Osmanlı İmparatorluğu, soya ve dine dayanmayan yurttaşlık kavramı yerine millet (nation) anlayışını benimsemiştir. Tebaa (subject)-yurttaş (citizen) ikilisi yerine, tebaa ve millet düzeni getirilmiştir. Tebaa ülkede mukim tüm ahaliyi, millet ise soy ve din esasına göre ülke ahalinin taksimini anlatır. Çok uluslu Anglo-Amerikan sistemi egemen Common Law .tebaa ve millet ayırımı yadsımıştır.

1783’de bağımsızlığını kazanan Amerika Biat Hukukunun hükümdara bağlılığı ve bu bağlılığın sürekli ve değişmez niteliğine (perpetuelle allegiance) son vermiştir. Biat Hukuku doneminden kalma kralın tebaası (monarchs’ subject) ve tebaa olmayan Amerikan yurttaş (citizen) ayırımı değişikliğe uğrayarak varlığını sürdürmüştür. Birey, ikamet ettiği eyâletin (federe devletin) yurttaş sayılmayı sürdürmüş, fakat sona eren İngiliz kralına bağlılık (monarchs’ subject) yerini federal devletin vatandaşlığına (hukuki bağa) bırakmıştır.

Eyâlet yurttaşlığı ve federal devlet vatandaşlığı ayırımını yenileri izlemiştir. Formalite vatandaş veya pasaport vatandaşı, topluluk yurttaş, ikametsiz vatandaş ve yabancı vatandaş yeni türler olarak sıralanabilirler.

Vatandaşlık ve yurttaşlık ayırımını gösteren somut bir örnek “Immigration and Nationality Act, 1952” Section (kısaca Sec. ) 308 vd hükümlerinde yer alan “Formalite Vatandaşlık” veya “Pasaport Vatandaşlığı” (non-citizen National -Yurttaş olmayan Vatandaş) düzenlemesidir. ABD’nin ülke sınırları dışında sahip olduğu topraklarda (outlying possession of the United States) kurulu, fakat Devletler Hukuku süjesi olmayan topluluklar ve onların yapılarına ilişkin bir düzenlemedir. Uluslararası toplumun süjesi olmayan siyasi yapı ile halk arasındaki bağ vatandaşlık olmayıp yurttaşlık bağıdır. Örnek, Marshall adaları Cumhuriyeti, Micronesia Federal Devleti, Swains adaları yurttaşları yurt dışına çıkışlarında ABD pasaportu alırlar ve vatandaş olmayan ABD vatandaşı (non-citizen national) sayılırlar. Düzenlenen ABD pasaportlarına hamilin “Non-citizen National” olduğu kaydı düşülür. ( Ayrıntılı düzenleme için bkz. Title 8 U.S.C. Chapter12, Subcharter III, Part 1, § 1401). (Karş. Bosniak, The Citizen and the Alien, Princeton 2006 ile).

“Formalite Vatandaşlık” uygulaması KKTC (Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti) ile ilgilendirilebilir. Devletler Hukukunun süjesi olmayan KKTC’nin uluslararası alanda geçerli pasaport düzenlemesi olanaksızdır. KKTC vatandaşları 15.07.1950 tarih ve 5682 sayılı Pasaport Yasası hükümlerine dayanarak Türkiye’nin düzenlediği Geçici Pasaport veya

Vatansızlara Özel Pasaport olarak seyahat ederler. KKTC vatandaşlarını vatansız yapan ve gerçeğe uymayan bu durum “Non-citizen National” yöntemiyle aşılabılır. KKTC vatandaşları için düzenlenen T:C: pasaportlarına “ KKTC yurttaşlarına özeldir” damgası vurulabilir. Amerikan uygulamasının “Hamili ABD Vatandaşı, fakat ABD Yurttaşı değildir” (The Bearer is a United States National and not a United States citizen) şerhine uygun bir şerh pasaporta konulabilir..

Vatandaş ve yurttaş ayırımının önde gelen bir diğer örneği de “Topluluk Yurttaşlığı” (Non-national Commonwealth citizen - vatandaş olmayan topluluk yurttaşlığı) halidir..Britanya Vatandaşlık Hukuku, Devletin sömürgeci olması nedeniyle terim çokluğu içerir. . Commonwealth’in kuruluşuna koşut olarak çıkarılan 1948 tarihli Britanya Vatandaşlık Yasası ( British Nationality Act) Britanya tebaası (British subject) terimini yeğlemiştir. Yasal olmasa da uygulamada British Subject ile Commonwealth Yurttaşlığı (Commonwealth Citizenship) eş anlamda kullanılabilir. (Archibugi, D., The Global Commonwealth Citizen, Princeton 2008 ).

1981 tarihli Vatandaşlık Yasası’na ekli Liste 3’de yazılı topluluk üyesi devletler vatandaşları İngiliz Uluslar Topluluğu Yurttaşlarıdır. Kendine özgü bir vatandaşlık yasası bulunmayan Topluğun vatandaşlığı da yoktur. Topluluk üyesi devletin ulusal vatandaşlık mevzuatı ülkede bulunan kişilerin tâbi oldukları statüyü gösterir. Kişi, önce yerel devletin yurttaşı, sonra aynı yerel devletle olan vatandaşlık bağı ve ayrıca topluluk yurttaşlığı üçlüsü (trois niveaux de citoyennité) statüsüne tâbidir. AB Yurttaşlığındaki düzenleme dörtlü bir ilişkiyi gösterir. Örneğin, bir İskoç önce İskoçya yurttaşı, sonra Britanya vatandaşı ve arkasından Commonwealth yurttaşı ve nihayet de AB yurttaşdır.

Vatandaş ile yurttaşlık arasındaki ayrılığı gösteren bir başka örnek de, AB’nin “Topluluk Yurttaşlığı”dır.Avrupa Birliği Devleti olmadığı gibi Avrupa vatandaşlığı da yoktur. 1992 tarihli Maastricht Andlaşması Md. 17(1) tümce 2 Avrupa Yurttaşlığı “Citizenship of the Union” veya “Union citizenship” (Citoyenneté de l’union Européenne- Citoyenneté de l’Union) kavramını getirmiştir. (Md 9) Avrupa Yurttaşlığı her üye devletin “Ulusal Yurttaşlığının” (üye devlet yurttaşlığının) yerine geçmez. Üye devlet vatandaşları Avrupa Yurttaşdır. (Md. 17 “Everybody holding the Nationality of a Member State shall be a citizen of the Union”). (bkz. Maas, W. Creating European Citizenship, Rowman and Littlefield 2007; Brubaker, Citizenship and Nationhood in France and Germany, 1992 s. 21’e, ikili ayırım konusunda bilgi içerir). Avrupa Yurttaşlığı üye devlet vatandaşlığının ve ulusal yurttaşlığın tamamlayıcıdır. (Md. 17 son tümce).

“Yurttaş Olmayan vatandaş” (non-citizen national) ile yukarıda yer alan “Formalite Vatandaşlık » iki ayrı düzenlemedir. “ Yurttaş Olmayan Vatandaş” hali kişinin vatandaşlığını yitirmeden yabancı ülkeye yerleşmesi, vatandaşlık ve yurttaşlık örtüşmesini bozan bir gerçektir. Oturma ve çalışma iznine dayanarak yabancı ülkeye yerleşen, ancak vatandaşlığını koruyan kişi vatanında oturmaması nedeniyle vatandaş yurttaş (national citizen) değildir. Örneğin, 30 Ekim 1961 günlü Türk işgücünün Almanya’ya alınmasını düzenleyen Türk Alman İşçi Alma Anadlaşmasına veya Türkiye ile AB arasında ortaklık yaratan 1963 tarihli andlaşma “Ankara Andlaşması” (Md. 12-14) ve 1993 tarihli “Katma Protokol” uyarınca yurtdışına çalışmaya giden Türk yurttaşları, Türkiye açısından “Yurttaş Olmayan Vatandaş” statüsündedir.

Çalışma ve ikamet izniyle yurt dışına giden vatandaşın Türk yurttaşlığı, toplumsal değginliğini ( aidiyetini) korusa dahi fiilen yurttaş değildir. Türkiye ile vatandaşlık hukuki bağı ve toplumsal değginliği sürmekte, ancak yurttaş olma niteliği geçici de olsa kesintiye uğramıştır. Türk yurttaşlığı, yurt dışında yerleşik oturduğu sürece bireyin uyuyan bir niteliğidir. Çifte vatandaşlık olabilmesine karşılık çifte yurttaşlık olmaz. Topluluk tüzel kişiliği ile devletin tüzel kişiliğinin ayrı olduğu düşünülürse, AB veya Commonwealth’de de çifte yurttaşlık yoktur. “Yurttaş Olmayan Vatandaş” Türk Vatandaşlık Hukuku’nun önde gelen bir sorunu olmayı sürdürecektir.

“Yabancı Yurttaş” (alien citizen veya non-national citizen) konusu vatandaşlık ve yurttaşlık ayırımının ortaya çıktığı dördüncü haldir. Türkiye’den Batı Avrupaya göçen işçi gittiği ülke açısından Yabancı Yurttaş, Türkiye açısından Yurttaş Olmayan Vatandaşır. Yabancı ülkeden Türkiye’ye göçen işçiler ise, Türk hukukuna göre Yabancı Yurttaş’tır. Konuyla ilgili iki yasal örneğe değinilecektir.

25.09.1981 kabul tarih ve 2527 sayılı Türk Soyuların Türkiye’de Meslek ve San’atlarını Serbestce Yapabilmesine, Kamu, Özel Kurum veya İşyerlerinde Çalışabilmelerine ilişkin yasal ilk örnektir. 23.02.2003 tarih ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında yasa da bir diğer örnektir. Yasa Md. 6’da “Çalışma Amaçlı İkamet Tezkeresi” nin Md. 7 ve 8 kapsamına giren hallerde verilen Türkiye’de çalışan yabancı işçiye “süresiz çalışma izni “ verilebilir. Çalışma iznine ve geçerli ikamet tezkeresine sahip yabancı çalışan “Vatandaş olmayan Türk toplumu yurttaş” (“Non-national Citizen) veya Yabancı Yurttaş’dır. Vatandaş olmadan Türk toplumu yurttaş olmanın hukuki sonuçlarını Vatandaşlık Hukuku saptamalıdır. Vatandaş olmadan Türk toplumu yurttaş olmanın bir diğer örneğine 19 Eylül 2006 kabul günlü ve 5543 sayılı İskân Yasası Md. 3-8 hükümlerinde görülür. Hükümlere dayanarak, “Muhacir Belgesi” veya yen deyimiyile “Göçmen Belgesi” sahibi kişi de Yabancı Yurttaş veya “Non-national citizen”dir.



Konuya ilişkin olarak 5 Eylül 1961’de onaylanmış olan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’nin Hukuki Durum ve Şahsi Statü, Bölüm II Md. 1/1 hükmü de örnektir. Hüküm yabancı devlet vatandaşı mülteciyi “Non-national citizen” yapmaktadır. (Ayrıca bkz. konuya ilişkin RG 30.11.1994 tarih ve S. 22127’de yayınlanmış olan Yönetmelik). Avrupa İkamet Sözleşmesi (RG 17.09.1989 tarih ve S. 20285) ve Göçmen İşçinin Hukuki Statüsü Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi (RG 27.01.1981 tarih ve S. 17233). (Örnek açısından bkz. Çelikel, Yabancılar Hukuku Dersleri –Türk Hukukuna göre, İÜY No. 1947, Hukuk Fakültesi No. 432, s. 61).

Devletle kişi arasındaki hukuki bağı kuran koşulları ve bunların sonuçlarını tek tek gösteren vatandaşlık yasası bir toplumun kimliğini göstermez. Vatandaşlık ülkedeki değişik kimliklere göre biçimlendirilmeyen soyut bir hukuki bağıdır. Ülkede yerleşik yurttaşların birden çok kimliği olması, ve fakat tek vatandaşlığı bulunması olağandır. Toplumsal kimliği vatandaşlık değil, toplumsal yaşamın ortak değerlerini fiilen uygulayan insan topluluğu, yurttaşlar oluşturur.. Örneğin, lâik yurttaşlık, değişik kimliklerin fiilen birlikte oluşturdukları ekonomik, siyasi, kültürel ve toplumsal yapıyı anlatır. Ülkede ikamet eden, çalışarak ülke ekonomisine katkıda bulunan ve ekonomiden pay alan ve etkin veya edilgen kültüre, siyasi ve toplumsal yaşama katılan ergin kişiler yurttaşdır.

Yurttaşlığın kapsamı konusuna da değinilmelidir. Bebek, çocuk, esir, alil, sakat kişiler Yunan şehir devletinde ve Roma’da yurttaş sayılmamışlardır. İslâm Hukukunda da kadın çocuk, sakat birey cizye yükümlüsü değildir. Ancak Osmanlı’da cizye yükümüne tâbi olmayan insanlar da tebaa’dan kabul edilmiştir. “Zâtı Hazreti Padişahi bilcümle tebeai Osmaniyenin hükümdarıdır”.(Ay. 1876 Md. 4).”Devlet-i Osmaniye tâbiyyetinde bulunman efradın cümlesine .....bila istisna Osmanlı tâbir olunur”. (Ay. 1876 Md. 8). Ancak Osmanlı Devleti vatandaş-yurttaş ikilisi yerine tebaa-millet ikilisini getirmiştir. “...her kazada her milletin bir cemaat meclisi bulunacak ve bu meclisler. ....her milletin muntehap efradından olacaktır.” (1876 Ay. Md. 111)....

Antik Yunan şehir-devletinde olduğu üzere, Ortaçağ’da geçerli soy ve din kimliğine bağlı millet kavramı yerine yurttaşlık, lâik hümanist anlayışça yeniden gündeme getirilmiş ve İngiltere kolonilerinde yaygın uygulama alanı bulmuştur. Örneğin, Amerika kıt’asına göçen ve İngiliz tebaası olsun olmasın, değişik kimlikteki insanlar yurttaş (citizen-civitas) kavramı altında toplanmıştır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Schnooper, D. Qu’est-ce que la Citoyenneté, Gillmard 2000).

Ay, Md. 66’daki “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür”

hükümünün yorumu üzerinde tarihi gelişmeler göz önüne alınarak düşünülmelidir. Hükümün yorumunda Türk'lük değil "vatandaşlık bağı" ana etmendir. Vatandaşlığın ikili ayırımı, Yalın Vatandaşlık ve Tam Vatandaşlık esas alınmalıdır. Hükümde yer alan "vatandaşlık bağı", fiili yurttaşlık bağını ve toplumsal değginliği kapsayan "Tam Vatandaşlığa » yönelik bir yoruma açık değildir. Toplumsal değginliği ve fiili yurttaşlığı içermeyen Yalın Vatandaşlık (TVY Vatandaşlığı) soy ve din ölçütlerini esas almaz. Ay. Md. 66'nın her vatandaşı Türk sayan hükmü TVY'ye dayanarak Devletle kişi arasında kurulan soyut hukuki bağı anlatır. Uluslararası alanda geçerli olan Türk pasaportu, din veya soya değil TVY'nin soyut vatandaşlık bağına dayanarak düzenlenir. Md. 66 f.1 hükmü, "Türk Devletiyle arasında soyut vatandaşlık bağı bulunan herkes Türktür" biçiminde okunmalıdır. Hükme, soya yönelik toplumsal değginliği anlattığına ilişkin anlam yüklenmesi, onun Tam Vatandaşlığı kapsadığı sonucunu verir. 1982 Ay. Md. 66 hükmü Tam . Vatandaşlık değil, Hümanist Yalın Vatandaşlık yorumuna yatkındır. Hükümde yer alan "Vatandaşlık" tilciğine TVY düzenlemesini aşan anlam verilmesi yasa koyucunun amacı değildir.

1982 Ay. Md. 67 vd. siyasi haklardan yararlanma, seçme ve seçilme vatandaşlara tanınmıştır. Yurttaştan sayılan fakat vatandaş olmayan kişinin, seçme ve seçilme dışında kalan siyasi faaliyette bulunma hakkı sorunludur.. Ülkede yaşayan bir kısım insanları, soyut vatandaşlık anlayışına uymadıkları için temel haklarından yoksun bırakmanın yerindeliği kuşkuludur. Doğru olan "all citizen principle" (yurttaşların bütünlüğü) uyarınca tüm yurttaşlara eşit statü tanımaktır. Yabancı yurttaşın, yerel seçimlerde seçme ve seçilme hakkına sahip kılınması ve genel olarak siyasi etkinlikte bulunma hakkının tanınması, siyasi parti üyesi olması gerekir. (Yurttaşlık ve siyasi haklar konusunda geniş bilgi için bkz. Mille, D. Citizenship and national Identity, 2000 Cambridge, s. 27 vd.).

Ülkede sürekli oturma ve toplumla uyum sağlama istenci taşıyan, ülke dilini bilen ve kullanan, kültürü ve yeteneği olan yabancılar "Yurttaşların bütünlüğü" ilkesi gereği siyasi etkinlikte bulunma hakkından yararlanmalıdır. Siyasi etkinliklerde bulunmanın ölçütü vatandaşlık değil yurttaşlık olmalıdır. Yabancı yurttaş, siyasi etkinlik hakkına sahip olduğu ölçüde ikamet ettiği bölgenin sorunlarının çözümüne katkıda bulunabilir. Yabancı yurttaşın siyasi etkinlik hakkı tanınması ülke genelinde de yararlıdır. Yurttaşlık, ülkede yerleşik kişinin toplum yönetimine demokratik katılımının ölçütü sayılmalıdır. (Liberal Cumhuriyetçi anlayış) .

Çifte vatandaşlık çifte yurttaşlığa yol açmaz. Kişinin aynı anda iki ayrı ülkede sürekli yerleşik bulunması fiilen olanaksızdır. Nüfusa kayıtlı olunan

yerin, gerçeklere uymasa dahi süreklive yasal ikametgâh varsayılması halinde çifte yurttaşlık oluşabilir. Ancak bu olasılığın uluslararası sözleşmelerle bağdaşmadığı bir gerçektir. Çifte veya çok vatandaşlık hallerinde vatandaşlık ihtilâfi, yurttaşlık kavramının temeli olan sürekli ikametgâh esasına göre çözümlenir..12 Nisan 1930 tarihli Lahey Vatandaşlık Uyuşmazlık Sözleşmesi Md. 5 kişinin mutaden ve kural olarak ikamet ettiği ülke vatandaşlığı esası getirilmiştir. (The nationality of the country in which a plural national is habitually and principally resident).

Girift ve çetrefil olan vatandaşlık yurttaşlık ilişkisine “Onursal Yurttaşlık” (honorary citizenship) de eklenmelidir. Vatandaşlık değil yurttaşlık onursal olur. Vatandaşlık alanında Fevkalâde Telsik onursal yurttaşlıkla karşılaştırılabilir. Her ikisi de takdiridir. Ancak, onursal yurttaşlık berati egemenlik tasarrufu değildir. Onursal Yurttaşlık ( veya daha yerinde olarak Hemşehrilik Berat’ı) kural olarak yerel yönetimlerin tasarruflarına dayanarak düzenlenen yazılı belge ile pekiştirilen ve fakat devletle kişi arasındaki hukuki bağı oluşturmayan bir ünvardır.

Biat Hukuku kaynaklı ve hukuki anlamı açık olmayan “Uyruk” (tebaa-subject) terimi Vatandaşlığa eş anlamda bir kavram olarak kabul edilemez. Geniş bir Kavram ve hatta kurum olan Vatandaşlığın yerine uyrukluğun ikamesi olanaksızdır. Soyut vatandaşlık ile somut yurttaşlık ve toplumsal değginlik biri diğerini tamamlayan bütündür. Temel Haklardan olan vatandaşlık sadakat veya bağlılık yeminini içermez. Ancak, uyruk deyiminin, TVY’nin soyut vatandaşlığı anlamında uygulamada kullanıldığı hallere rastlanabilir.

### III. VATANDAŞLIK HUKUKU

5901 sayılı yasanın amacı birinci maddede yer alan anlatıma göre «Bu Yasanın amacı, Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybına dair iş ve işlemlerin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirtmektir.». “İş ve işlemlerin yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar” kural olarak Tüzük veya Yönetmeliklerde gösterilir. Dolambaçlı ve tartışmaya açık hükmün daha kolay anlaşılır ve tartışmayı azaltır biçimi “Yasa, Türk Vatandaşlığının kazanılması ve yitirilmesi koşulları ile bunların sonuçlarını saptar” olmalıdır.

Başlığın “Amaç” tilciğini metinde yinelemeğe gerek olmadığı düşünülür. Önerilen Birinci Madde metni İkinci Maddeyi de anlamlı kılar. 5901 sayılı yasanın yürürlükteki 1. ve 2.. Maddeler metinleri birbirlerinin yinelenmesidir. Yasa metninin Amaç ile Kapsamın içiçe olduğu izlenimini vermesi karşısında 2. Maddenin yürürlükte ki hukmu anlamsız kalmaktadır.

Vatandaşlık Hukuku, amaç ve kapsamı gösterilen 5901 sayılı TVY’yi aşar niteliktedir. Vatandaşlık Hukuku, aralarındaki tüm ayrılıklara rağmen

Biat Hukuku'nun devamı sayılabilir. Her ikisi de üstün otorite ile birey arasındaki bağı anlatır ve bağın oluşumu koşullarını düzenler. Biat Hukuku hükümdarın çıkarını önde tutar. Vatandaşlık Hukuku devlet ile birey çıkarı arasında denge arar. Bağın hukuki niteliğinin ayrık olması ve bağın kuruluş koşullarının aynı olmaması olağandır. Biat (allegiance) düzeninin din kökenli olması veya üstün gücün kişiliğine bağlı kılınması ve sürekliliği ilkeleri Hümanist eleştirilerin hedefi olmuştur.

Amerikanın keşfinden sonra ortaya çıkan, özellikle İngiliz ve İskoçların göçü Vatandaşlık Hukuku alanında önemli bir sorun olmuştur. Amerikaya göçen İngiliz, Biat Hukuku kurallarıyla uyumlu olarak Britanya tebaası (British subject ) olmayıp Kralın tebaası (Crown subject veya monarchs' subject) dir. Aynı İngiliz, toplumsal aidiyeti (tâbiyet'in gerçekliği) yönünden de Amerikalı olmayıp Britanya milletindedir. Ancak, Amerika'ya sürekli ikamet niyetiyle gelen, fiilen yerleşen ve bu niyetini bildiren İngiliz kraliyet tebaası, fakat Amerikan Yurttaşı'dır. Amerika'ya göçen, tâbiyet ve toplumsal değginlik yönlerinden Amerikalı olmayan bir Fransız ise Fransa vatandaşı, ancak Amerikan Yurttaşı (citizen)dir.

Her Amerikalı sınırları içerisinde oturduğu eyâletin yurttaşı sayılır. Yurttaşın kraliyet tebaası olması zorunluğu yoktur. Kraliyet tebaası (Crown subject) olmayan Amerikalı, (örneğin, Fransız) tebaasız yurttaş (non-subject citizen), ancak Amerikan Vatandaşlığı olmadığı için Yabancı Yurttaş (alien citizen) değildir. Koloniye diğer ülkelerden gelen ve İngiltere Kralının tebaası olmayan insanlar millet esasına dayanarak sınıflandırılmamış ve Yabancı Yurttaş olarak görülmemişlerdir. Ülkeye göçen herkes tâbiyeti ve milleti ne olursa olsun Amerikalı sayılmıştır.

Yurttaş sayılmanın ölçütü sürekli ikamet (yerleşik olmak) olgusudur. Kişi, bölgesinde oturduğu eyâletin yetkili mahkemesine başvurarak iyi ahlâk sahibi olduğunu bildirir ve gerekli yemini ederek yargıçtan (eyâlet) yurttaşlık sertifikası alır. Hak yargıç kararı üzerine yapılan tescil ile ihda edilmiştir.. Mahkemenin yurttaşlığı usulsüz tanınması halinde itiraz hakkı vardır. Ülkede sürekli ikamet eden bireyin ülkede veya yabancı ülkede doğan çocuğunun yurttaşlık sertifikası doğumdan bir süre sonra alınsa dahi, çocuk doğumdan (natural born) Amerikalıdır. Bağımsızlığın kazanılmasından sonra da aynı uygulama korunmuş ve eyâlet yurttaşları, Kraliyet Tebaası olma koşulu aranmadan Federal Devlet vatandaşı sayılmışlardır. Bu aşamalı gelişme Vatandaşlık Hukuku yönünden olduğu kadar Telsik açısından da önemlidir.

Vatandaşlık Hukuku'nun kapsamının genişlemesine yol açan diğer bir gelişme Kraliyet tebaası (Monarchs' subject) kavramının yerini Britanya tebaası ( British subject) terimine bırakmasıyla olmuştur. Bu gelişme, 1981 tarihli Britanya Vatandaşlık Yasası (British Nationality Act) Bölüm 1,

Kısım 51/1'e göre, Britanya tebaası ( British Subject) ile İngiliz Uluslar Topluluğu yurttaşlığı (Commonwealth Citizenship) eş anlamda olduğunun kabulü ile pekiştirilmiştir. "Commonwealth Citizenship" halinde; kökeninde "toplumsal değginlik olgusu" olmayan yapay bir birlik ve yurttaşlık söz konusudur. Kişilerin Topluluk Vatandaşı (Commonwealth National) olmaları olasılığı yoktur. Her üye devlet vatandaşı İngiliz Uluslar Topluluğu yurttaşdır. Topluluk yurttaş Kanadalı aynı zamanda Kanada Vatandaşı ve bölgesel yönetimin yurttaşdır. Nitelikleri ayrık iki yurttaşlık bulunmaktadır.

1981 tarihli Britanya Vatandaşlık Yasasının Britanya Vatandaşlığı (Part 1. British Citizenship) başlığını taşıyan.Bölüm 1, Kısım 4/B'nın, Vatandaşlık, Göç ve Sığınma Yasası (Nationality, Immigration ve Asylum Act, 2002) ile değişik hükmü Britanya tebaasının kapsamını gösterir. Britanya Denizaşırı yurttaşları (British Overseas citizen), bu yasada gösterilen Britanya tebaası (British subject under this Act), Britanya korumasındaki kişiler ( British protected person) ve deniz aşırı Britanya vatandaşları (British National, Overseas) Britanya tebaasıdır Britanya vatandaşlığı (British Citizenship) Britanya tebaası türlerinden birisidir. Belirtilen gruplara giren bireylerin, bağımsızlığını kazanmış bir devletin vatandaşı olmaları halinde dahi Birleşik Krallık toplumuyla bağları sürer..

Toplumsal bağ 1981 yasasına göre Britanya vatandaşlığını, yetkili makamın takdirine bağlı olmadan isteme hakkını dahi verebilir. Örneğin, 1981 yasasından önceki yasal düzenlemede (1948 yasası) ananın vatandaşlığı çocuğu vatandaş kılmaz idi. 1981 yılından önce Britanya toprakları dışında İngiliz kadının doğurduğu çocuk yeni düzenlemeyle Otomatik Telsik edilir. (Chapter 2 ve 4 Automatic acquisition). Bu hale, Tescil ile kazanma (acquisition by registration) hali de denilir. (Asli vatandaşlık geriyeye yürür retroactive'dir).

Commonwealth yurttaşlığına koşut AB Yurttaşlığı Şubat 1992 tarihli Maastricht Sözleşmesiyle oluşturulmuştur. Sözleşme C-İkinci Bölüm- Birlik Yurttaşlığı – Md. 8/1' de Birlik Yurttaşlığının oluştuğu hükme bağlanmıştır. Üye devletlerin vatandaşları Birlik yurttaşdırlar. Md.8 b-1 ve 2, ABD hukukuna koşut olan "non-national citizen" (vatandaş olmayan yurttaş) kurumunu getirmekte ve yabancıнын yurttaşlığını bir üye ülkede sürekli ikamet koşuluna bağlamaktadır. («Every citizen of the Union residing in a Member State of which he is not a national.....»). Bu hüküm ile "sürekli ikametgâh" ve yabancı yurttaşlık Vatandaşlık Hukuku'nun önde gelen kavramları haline getirilmiştir.

Vatandaşlık Hukuku değişim içerisindedir. Vatandaşlık Hukukunun konusu soyut vatandaşlık, gerçek vatandaşlık ve yurttaşlık üçlüsünü aşar

niteliktedir. ABD hukukunda ve uluslararası kişiliği olmayan Kuzeyliler Konseyi üyesi adalara uygulanan “Formalite Vatandaş” (yurttaş olmayan vatandaş-non-citizen national) konusu kapsam değişikliği örneğidir. Formalite Vatandaş, Vatandaş Olmayan Yurttaş ve yabancı yurttaş ayırımı düzeninin işleme ikametgâh kavramına bağlıdır. İkametgâh ve türleri Vatandaşlık Hukuku’nun temel konuları arasına girmiştir.

Vatandaşlık Hukuku, tür değişikliğinin yanında, İdare Hukuku’ndan kaynaklanan önemli bir teorik sorunla karşılaşmıştır. Vatandaşlık Hukuku’nun tüm işlemleri yönetsel (idari) niteliktedir. Asli ve müktesep vatandaşlık kazanılması idarenin tasarrufları sonucudur. Doğumla kazanılan vatandaşlık “Bağlı Yetki” düzenlemesidir. Müktesep vatandaşlık düzenlemeleri “Takdiri Yetki” kapsamındadır. Bu düzenleme devlet ile vatandaş arasındaki dengeye terstir. Müktesep vatandaşlık alanına da “Bağlı Yetki” girmelidir. Örneğin, “Bağlı Yetki süresiz ikamet hakkı” uygulaması, yabancı bulduğu ülkede kendisini vatandaş gibi algılamasına yol açmıştır

Öne çıkan sürekli ikametgâh ölçütünün müktesep vatandaşlık alanındaki önemli yeri yadsınamaz. 23.02.2003 tarih ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hk. Yasa ile takdiri yetkili sürekli çalışma izni Türk Hukuku’nun bir kurumu olmuştur. Türk Hukuku, genel eğilimine uygun olarak sürekli çalışma izni konusunda da Takdiri Yetki’yi getirmiş ve “Bağlı Yetki”yi dışlamıştır. . 1989 tarihli Birleşmiş Milletler ikamet ettikleri ülke vatandaşı olmayan kişilerin temel hak ve özgürlüklerden yararlanmalarına dair Bildirgesinin “sürekli ikamet” lehine olan düzenlemesi Bağlı Yetki’nin kabulü halinde anlam kazanacaktır. . “Bağlı Yetki süresiz ikamet hakkına” sahip yabancı sınırdışı edilmemesi ve ülkeye kabul yükümünün bulunması kişi hakları alanında önemli bir adım olmuştur.

“Bağlı Yetki süresiz çalışma izni” ile “Bağlı Yetki süresiz oturma izni” arasındaki ilişki sonucu henüz Türk Vatandaşlık Hukuk’unun konusu olmamıştır. 4817 sayılı yasa uyarınca süresiz çalışma izni sahibinin Vatandaşlık Hukukundaki yeri düzenlenmemiştir. Süresiz Çalışma izni sahibi yabancı oturma izninin “Bağlı Yetki” olduğu ve lehine Ayrıcalıklı Telsik (privileged naturalization) olanağı veya irade beyanıyla vatandaş olma yolu açıldığı sorununun düzenlenmesi ve incelenmesi Vatandaşlık Hukuku kapsamındadır.

Sürekli çalışma izni, 5683 sayılı yasanın “Bağlı Yetki süresiz ikamet tezkeresini” tanımaması nedeniyle, Türk Hukukunda AB ülkeleri hukuklarından ayrı olarak hak niteliğini taşımaz. Süresiz çalışma izni, 5683 sayılı yasadaki süresiz ikamet bulunmaması nedeniyle anlamsızdır. 5683

sayılı yasa önce “Bağlı Yetki” ve “Takdiri Yetki” esaslarını kapsama almalısın bu düzenlemeye uygun olarak süreli ve süresiz ikamet izni sornunu hükme bağlamalıdır.. TVY'nin Telsik düzenlemesini de 5683 sayılı yasayla uyumlu kılmanın yolu açılır.Genel olarak müktesep vatandaşlık düzenlemelerinin temel sorunu çağdaş bir yabancıların ikameti mevzuatının bulunmamasıdır. Yabancıların ülkede ikametgâhı Yabancılar Hukuku ile Vatandaşlık Hukuku'nun ortak sorunudur. Sayıları azimsanamayacak yasal izinden yoksun çalışanlar ve bunların hakları sorununu da hükme bağlamak Vatandaşlık Hukuku ile yabancıların ikamet ve seyahatları mevzuatı içerisine alınmalıdır.

Vatandaşlık Hukuku kapsamı en geniş hukuk dallarından birisi halini almıştır. Önce, gereksinimler nedeniyle sürekli yeni türler oluşmakta veya yerel uygulamalar uluslararası alana yayılmaktadır. Konuya ilişkin olarak, Yurttaş olmayan vatandaş, vatandaş olmayan yurttaş, asli vatandaşlığın geriye yurumesi (makâble şümülu), ikamet mutlak (salt) hakkı (right of abode), hızlı Telsik (Expeditious naturalization), ayrıcalıklı vatandaşlık (privileged citizenship) atakök Telsik (derivative naturalisation) verilebilecek örneklerdir.

Gelişmeler Osmanlı İmparatorluğunun Kapitülasyonlara ilişkin Sözleşmeleri ve Barış andlaşmalarını unutturmamalıdır. Osmanlı kaynaklarının incelenmesi Türk Vatandaşlık Hukuku konuları arasında girmelidir Şer'iyye kayıtlarının da önemi düşünölmelidir. Şer'iyye Sicillerinin « İhtida » olaylarını ve müstemenin Cizye ödeme kayıtlarını içermelerinin Vatandaşlık Hukuku açısından önem taşıdığı bir gerçektir.

Osmanlı, Biat Hukuku'nun “yasaların kişiselliği ve yerelliği” dizgesini “ uygulamıştır. (Karş. Erim, age, s. 5). Birey ülkesinde ikamet ettiği hükümdarın yasalarına uyan tebaadır. Hükümdar ile birey arasındaki bağ dünyevi veya dinî olabilir. Dünyevi bağ, biat yemini, ahidname, barış andlaşması, ferman veya yerel halkla varılan fiili uzlaşmalar sonucunda oluşur. Dünyevi bağın önde gelen nişanesi zimminin cizye ödeyerek ülkede “ikamet salt hakkı”dır. Zimmi'yi Padişaha bağlayan dinî bağ bulunmaz. Padişahın birisi dini ve diğeri dünyevi bağla kendisine itaat ve sadakat gösteren tebaası olmuştur. Her iki halde tâbooyet bağının hukuki niteliği incelemesi ayrı bir konudur.

Osmanlı Devleti Biat Hukukunun tüm ilkelerini uygulayamamıştır. Özellikle, hem dünyevi, hem de dini biat bağının “münhasır” (exculive) olduğu ilkesi geçerlik kazanamamıştır. Zimmi tebaa, ülkede ikamete devam ederken Kapitülasyonlardan yararlanabilmek amacıyla yabancı devlet tebaası olabilmıştır. Devlet, yabancı devlet vatandaşı olan zimminin “ikamet salt hakkını” izne bağlı süreli ikamet haline dönüştürerek kendisini savunamamıştır.

Uluslararası örgütlenme alanında yaşanan her gelişmeden Vatandaşlık Hukuku etkilenmiştir. Birleşmiş Milletlerin vatandaşlık ve yurttaşlık konusundaki Bildirgeleri ve gerçekleştirdiği Andlaşmalar Vatandaşlık Hukuku'nun ihmal edilemeyen kaynaklarıdır. Örneğin, eskimesine rağmen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin vatandaşlığı insan hak ve özgürlüklerinden sayan Md. 15/f 1 hükmü halen günceldir.

Vatandaşlık Hukuku alanında yeni yollar aranmasına yol açan önemli gelişme 1947 yılında kurulmuş olan ""Commonwelth"" (İngiliz Milletler topluluğu) dur. "Commonwealth citizenship" topluluk yurttaşlığı, AB yurttaşlığına da örnek olan bir yeni kavramdır. Ulusal alanda yurttaşlık ve uluslararası örgütlenme açısından yurttaşlık ayırımı oluşmuştur. Ulusal yönden, ülkede yerleşik herkes yurttaşdır. Uluslararası örgütlenme bakımından örgüt üyesi devlet vatandaşı yurttaşdır. Gelişme Vatandaşlık Hukuk yanında bir yurttaşlık hukuk oluşmasına yol açma yolundadır.

Uluslararası yurttaşlık Vatandaşlık Hukuku'nun yeni dalı olma yolundadır. Özellikle "Commonwealth" üyesi devlet yurttaşlarına İngiliz yasaları tarafından tanınan vatandaşlık kazanma ve kaybetmeye ilişkin ayrıcalıklı düzenlemeleri uluslararası yurttaşlık hukukunun kaynağı olabilecek gelişmedir. . AB'nin "Commonwealth" uygulamalarından esinlendiği de bir gerçektir. Ancak, "Commonwealth", genel yapısı ve amaçları yönünden, AB'den ayrık olarak vatandaşlık oluşturma çabası içerisinde değildir. AB'nin Avrupalı kimliğine olan inancı ve >Avrupa Devleti oluşturma isteği Vatandaşlık Yasası yapma yolunu açar. (De Groot,G.-R., Toward a European Nationality Law, Maastricht 2005)-

Gelişmeler Vatandaşlık Hukuku'nu Devletler Özel Hukukunun bir dalı olarak gören anlayış da değişikliğe yol açabilecek niteliktedir. Vatandaşlık Hukuku'nu TVY hükümlerini incelemeyen ibaret sayan anlayış gelişmeler karşısında değişmek durumundadır. İdare Hukukunun, özellikle müktesep vatandaşlık, yabancının ikameti ve çalışma hakkı alanlarında etkisini arttırmıştır. TVY'nin kapsamına almaktan kaçındığı, fakat günümüzün gerçeği olan bazı Vatandaşlık Hukuku sorunlarına da değinmek gerekir.

Verilebilecek örneklerden birisi "unmarried heterosexual companionship" (nikâhsız birlikte yaşayan ayrı cinsten arkadaşlık) halidir. İlişkinin varlığını TVY tanımaz. İlişkinin varlığını tanımak kadar, onun Vatandaşlık Hukuk alanındaki hüküm ve neticelerini de düzenlemek gerekir. Konuyla dolaylı ilişkisi bulunan eşcinsellerin TVY tarafından düzenlenmesi de bir sorundur. İngiltere'nin konuyu düzenleyen özel yasasından yararlanılabilir. Diğer bir örnek, asli vatandaşlık yolu olarak görülmesi gereken atakök vatandaşlık (derivative citizenship)dır. Örneğin, Türk vatandaşlığından usulüne uygun olarak çıkmış ve Hollanda vatandaşlığını



almış bir erkeğin Hollanda vatandaşı kadından evlilik içinde veya dışında olan çocuğu Hollanda vatandaşıdır. Hollandalı çocuk Türkiye’de mukim büyük babasına nispet edilerek, müktesep vatandaşlık yollarına başvurmadan, ülkede ikamet koşuluyla doğumdan Türk vatandaşı sayılabilir mi? Mâkable şumul sorunu da düzenlenmelidir. Bir diğer soru da, çocuğun üvey anne veya babanın vatandaşlığını almasıdır. Bir Alman çocuk üvey babası Türk’ün vatandaşlığına dayanarak, ülkede ikamet koşuluyla idari tescil yöntemiyle ( acquisition by registration) Türk vatandaşı olabilmelidir.

1. Vatandaşlık Hukuku’nun temel ilkesi devlet ile birey arasında çıkar dengesini kollamaktır. Çıkar dengesini gerçekleştirmenin önemli koşulu Takdiri Yetki ve Bağlı Yetki sınırını çizmektir. Müktesep vatandaşlıkta Bağlı Yetkiyi yadsıyan bir yasa AB ülkeleri uygulamasıyla uyumlu değildir. 2. Vatandaşlık Hukuku kapsamına, soyut bağ, fiili bağ ve toplumsal bağ üçlüsü girer. Üç bağı içeren Tam Vatandaşlık ile yalnız hukuki bağı içeren Yalın Vatandaşlık arasındaki ayrışma da kapsamdan sayılmalıdır.. 3. Vatandaşlık Hukuku, vatandaşlık ile yurttaşlık arasındaki ayrışmayı ve bunun getirdiği tüm türleri sonuçlarıyla birlikte inceler. 4. Vatandaşlık Hukuku, Medeni Yasa ile ilgisi olmayan yabancılara özgün bir oturma ve çalışma düzeni sorununu da ele almak durumundadır. 5. Göçmen ve sığınmacılara özel yurttaşlık ve bunların vatandaşlık kazanmaları konusu da kapsama dahildir. 5. Sosyal yaşamın uç konuları, nikâhsız birlik, eşçinsel birlik, üvey evlâd gibi sorunlar da Vatandaşlık Hukuku kapsamındadır. 6. Geniş uygulama alanı bulunmayan Otomatik Telsik’de inceleme konuları kapsamında görülmelidir.

Dünyevi ve Dini Biat Hukuku ile Vatandaşlık Hukuku arasındaki farklılığın temelinde, birbirini tamamlayan Telsik ve Çıkma yatar. Biat Hukuku, Vatandaşlık Hukukun iki ana kurumu Telsik ve Çıkma Hümanist düşüncenin insan us ve istencine verdiği üstün önem sonucunda olmuşlardır. Vatandaşlık Hukuku alanında bireyin us ve istencinin yetkili makamın Takdir Yetki’sinin önünde olduğu iki kurumdan biri Âdi Telsik, diğeri Çıkma’dır. Her iki hali de tümten yetkili makamın Takdir Yetki’sine bırakan ve onu bireyin us ve istince önünde tutan bir Vatandaşlık Yasası’nin çağdaşlığı çok su götürür bir kanıdır. Yasanın öngördüğü Âdi Telsik ve Çıkma koşullarını yerine getiren bireyin lehine ihdas edilen vatandaşlığı kazanma veya yitirme hakkı konusunda yetkili makamın Takdir Yetkisi aranmadan gereği yapılmalıdır.

#### **IV. TELSİK KAVRAMI**

Biat (allegiance), kişi ile egemen güç arasındaki sadakat, güven ve itaat bağıdır. Bağ, soy bağıyla doğrudan ve hukuki dayanaktan yoksun otomatik

kurulur. Bağ, doğumdan (natural born) kurulması halinde, hıristiyanlıkta önce ad veya doğum vaftiziyle, sonra erginlik veya berkitme vaftizi gibi törenlerde ifadesini bulur. Din hükümdar ile tebaa arasındaki bağın simgesidir. Kralın taç giymesi, padişahın cülusu törenleri de bağı simgeleyen olgulardır. Hükümdar ile vasal arasındaki bağ, kralın veya senyörün üstünlüğünün kabul edildiği biat töreni (feudal liege homage) ile gerçekleşir

Biat Hukuku beş temele dayanır. 1. Hükümdar ile tebaa arasındaki bağ kişisel ve münhasırdır.. 2. Hükümdar ile tâbi arasındaki bağ karşılıklı hak ve yükümler getiren bir tür mukaveledir. 3. Bağ sürekli ve değişmezdir. 4. Birey tâbi olan, bağımlı veya daha sonraki bilinen adıyla tebaa'dır..5. Teba sınıflara ayrılmıştır. Sınıfların hak ve yükümleri birbirinden farklıdır. 6. Birey üzerinde oturduğu toprağa bağlıdır. İnsan ile toprak birlikte el değiştirirler. 7. Kadın, çocuk, köle, özürlü biattan dışlanmışlardır. Biat ergin erkeğe özgüdür. Biat Hukuku, tebaa'nın eşitliğini, bireysel özgürlüğünü, insanın yer değiştirmesini ve yer değiştirmeye ilişkin istencini kabul etmemiştir.

Biat hukukunda, üzerinde yaşadığı ve işlediği toprakla bütünleşmiş insanın olduğu toplumda Telsik yoktur. Ancak, Hz. İbrahim'in İ.Ö. 1800 dolayında Haran bölgesinden Filistilerin Krali Abimelek'in ülkesine göçünü ve kralın ülkesinde yerleşme koşullarını Tevrat göstermiştir. (Tevrar 1. Kitap Tekvin, Bap 20) İyi ahlâklı olmak, yalan söylememek ve krala dua etmek ülkede yerleşmenin koşullarıdır. Hz.. İbrahim ve eşinin suçsuzluğuna insanlar inanmalıdır.Hz. İbrahim, kendisinin ve eşinin suçsuzluğuna hükmeden krala dua etmiştir. O, Tanrı'ya dua etti ve Tanrı Abimelek'e, karısına ve cariyelerine şifa verdi." Göç ederek gelen yabancıyı suçsuzluğunu saptama ve ülkeye kabul etme kralın takdirindedir. "Git gözüne iyigelen yerde otur."Tevrat'ın bu anlatısı, daha sonra Common Law'da uygulanan ve Telsik'in öncüsü kabule edilen "Denizen" kurumuyla uyumludur. Hz. İbrahim'in Abimelek'e biatı döneminin Telsik'i sayılabilir. Krala bağlılık ve itaat (allegiance) Hz. İbrahim'in oğullarından İshak tarafından da tutulmuştur. (Tevrat, Tekvin Kitabı Bap 26). Mısır'a göçen İsrail'lerin Firavuna biat ettiklerini bildirmeleri yontemi sırasında hayır duasıyla krala biat edilmiştir.(Tevrat, Tekvin, Bap 47).

Biat (allegiance), insanın toprağa bağlılığı ve ülkede yerleşik olma ilkelerini içerir. Biat yemininin babadan oğula geçmesi için soy bağının yanında ülkede ikamet de gerekir. Sömürgeci devlet vatandaşlarının, kralın yönetimi altında bulunan kolni ülkelere gitmeleri ve hatta yerleşmeleri halinde yapılan doğumlar yabancı ülkede yapılmış sayılır. Örneğin, bir İngiliz kadının ikamet ettiği sömürge Hindistan'da doğan çocuğu kendiliğinden Britanya vatandaşı olmamıştır. Biat Hukuku ülkede ikameti asli vatandaşlığın ana öğesi haline getirmiştir. İngiliz soyundan olmasına

rağmen sömürge ülkelerinde doğmuş olmaları nedeniyle vatandaş olamayanların gereksinimini karşılamak üzere, Denizen'e koştuk ilk Telsik ve vatandaşlık kazanma yöntemleri geliştirilmiş olduğu düşünülebilir .

1619 yılında ilk Afrikalı kölelerin Amerika'ya getirilmeleri ve esir pazarlarında satılmaları konuya yeni bir boyut kazandırmıştır. Afrikalı kölelerin Britanya tebaası sayılmamaları Amerikan yurttaşı olmalarına engel olmamalıdır. Tüm Amerikalılar renkleri, kökenleri ve dinlerine bakılmaksızın eşittir ve yurttaştır. Britanya tebaası olan Amerikalı yurttaşlar tüm hak ve özgürlüklerden yararlanırlar. Britanya tebaası olmayan yurttaşların hak ve özgürlükleri ülkesinde oturdukları eyâlet yasalarına tâbidir.

6 Temmuz 1776'da Amerika'nın bağımsızlığını ilân etmesiyle Biat Hukuku ilkeleri sona ermiş ve yerlerine yenileri getirilmiştir..1. Devlet ile halk arasında din birliği aranmaz. Devlet dinden arınmıştır. 2. Devlet ile birey arasındaki bağ sürekli ve değişmez olamaz. Herkes istenciyle vatandaşlığını değiştirmekte özgürdür. 3. Birey tebaa değil meşruiyetin kaynağı olan vatandaşdır. 4. Vatandaşlar yasa önünde eşittir. Vatandaş sayılmada devletin Takdir Yetkisi salt değildir.. Yasaların öngördüğü koşulları yerine getirdiğini yetkili makam veya mahkeme önünde kanıtlayan herkes vatandaşdır. (Bağlı Yetki). Telsik halinde bağ kendine özgü metni bulunan yeminle (oath of allegiance) kurulur. ( Bir yemin örneği için bkz. Title 8 U.S.C. § 1448).

Vatandaşlık Hukukuna geçilmesi, Biat Hukuku'nun tanımadığı doğumdan vatandaşlık ve doğumdan sonra kazanılan vatandaşlık (Telsik) ayırımını getirmiştir. Telsik, toprak üzerindeki egemenliğin kişinin istencinden bağımsız değişmesi sonucu olmayıp insanın istenciyle yer değiştirmesinin gereğidir. Telsik kavramının birinci ilkesi, insanın kendisine istenci dışında doğumundan verilen tâbiyeti istenciyle değiştirebilmesi temel hakkıdır. Doğumla kazanılan (izafe edilen) vatandaşlık toplumun veya devletin çıkarına ve varlığını sürdürmesine yarayan bir emrivakidir. Telsik, bireye erginliğe ulaştığı halde emrivakiden kurtulma olanağını veren kurumdur. İkinci temel direk, bireyin istenciyle seçtiği ülkede yurttaş olarak entegrasyonunu tamamlaması üzerine Telsik yoluyla vatandaşlık kazanmasıdır.

Entegrasyonunu tamamlayan kişinin vatandaşlığı kazanmasını bağımsız bir yasayla düzenleyen ilk Devlet ABD'dir. 1790 tarihli Telsik Yasası, entegrasyonun tamamlanması için iki yılı yeterli görmüş ve müktesep vatandaşlığın genl olarak takdiri olduğunu hükme bağlamıştır. Ülke sınırları içerisinde oturan ve devletin yargı yetkisine tâbi olan her yabancı, ülkede iki yıl ikameti koşuluyla vatandaşlığa kabul edilebilir. (That any alien , .....who

shall have resided within the limits and under the jurisdiction of the United States for the terms of two years, may be admitted to become a citizen”- Naturalization Act, 1790) ( Metin ve açıklamalar için bkz. Smith, Civic Ideals- Conflicting visions of United States History, Yale University 1997).

Telsik, istekte bulunan kişinin sicil işlerine bakan mahkeme yargıcını iyi karakterli olduğuna inandırması ve yasada öngörülen andı içmesiyle gerçekleşir. (“...on application to any common law court of record,..... and making proof to the satisfaction of such court, that he is a person of good character, and taking the oath...”), (1790 Telsik Yasası).. Mühürüyle yetkisi kanıtlı mahkeme başkatibinin hazırladığı talimat yasada yazılı diğer belgelerle birlikte işlemlerin tamamlanması için vatandaşlık ve göçmen dairesine verilir. Daire dil ve tarih bilgisi sınavlarını yapar ve Telsik belgesi verilmesi toreninden sonra vatandaşlığın kazanıldığını tescil eder.

1790 tarihli yasa Telsik kavramının üç temel ilkesini koymuştur. 1. Entegrasyon belli bir ikamet süresi sonucunda gerçekleşir. 2. İsteğe bulunanın iyi ahlâklı olması gerekir. 3. Telsik, istisnalar saklı takdirdir. Günümüz Telsik kavramı ve yasaların düzenlemeleri üç ilkenin gelişmesi sonucunda oluşmuştur. Telsik kavramı türlere ayrılmış, ikamet koşulunun anlamı çeşitlendirilmiş, Takdir Yetkisi’ne sınır koymanın hukuki yolları bulunmuştur. . Telsik’in hakkaniyete uygun sonuçlar vermediği hallerde gereksinimleri karşılayacak kurumlar ve türler oluşturulmalıdır.

Telsik, hümanist düşüncenin bireyin istencine verdiği değerini Vatandaşlık Hukukuna aktarılmasıdır. Telsik, bireyin toplumsal değerliğini kendi isreniciyle saptamasının yoludur.Telsik, us’a dayanarak insanın içinde doğup büyüdüğü toplumsal aidiyetten ayrılıp başka bir aidiyete uyum sağlamasıdır. Telsik’in bir diğer yönü de, yabancıyı yurttaşlığa ve vatandaşlığa kabul eden toplumun insancıl yönüdür Telsik’e giden yolda yer alan her aşamada “ulusal güvenlik ve kamu düzeni” engeli getiren vatandaşlık yasalarının yabancıya kuşkuyla baktıklarının karinesidir.. Yasaların “ulusal güvenlik ve kamu düzeni” engeline geniş yer vermesi Telsik’in bireyi mutlu ve erinçli kılma ereğiyle bağdaşmaz.“Ulusal güvenlik ve kamu düzeni”engeli, ülke çoğunluğunun dininden ve hatta mezhebinden olmayan veya çoğunluğun soyundan sayılmayan yabancının istemne yönelik peşin red sayılabilir.

Telsik’in, devletle birey arasındaki çıkar dengesi sağlama görevini yerine getirebilmesinde, İdare Hukuku’nun idari işlemler alanında yer alan “Bağlı Yetki” ve “Takdiri Yetki” ayırımının uygulanması önem gösterir. Vatandaşlık Hukukunun genel ilkelerine göre Bağlı Yetki’ye tâbi bir konunun (örneğin Âdi Telsik’in), yasayla Takdiri Yetki’ye giren bir kurum

haline getirilmesi çıkar dengesini devlet lehine değiştirir..Takdiri Yetkinin bulunduğu Telsik hallerinde keyfilik riski s¼rekli vardır.

«Hukuki manada Telsik.....kanunun öngördüğü şartları haiz olan bir yabancıya talebi üzerine salâhiyetli makam tarafından tâbiyet verilmesidir. (Berki, age s. 62).

«Telsik bir şahsın, mensup olmadığı bir Devletin vatandaşlığını talep ve, bu Devletin mevzuatının tesbit ettiği şartlara uygun olarak, mezkûr tâbiyeti iktisap etmesidir.» (Fişek, age, s. 52).

«Telsik, öyle bir hâkimiyet tasarrufudur ki onunla bir devlet, bir ecnebiyi tebaası arasına alır.» (Seviğ-Seviğ, Devletler Hususi Hukuku, 3. B. İstanbul 1962, İÜY No.932, HFY No. 189, s.91). (Karş.Uluocak, Türk Vatandaşlık Hukuku, İÜY No.1398, HFY No. 307, İstanbul 1968, s. 47 vd.; Nomer, Vatandaşlık Hukuku; 18. B., İstanbul 2010).

Türk hukukundaki tanımlar, Telsik'in odak noktasını ikamet ölçütünden yetkili makamın takdir yetkisine kaydırır. Telsik isteklisi yabancınn toplumsal uyuma yatkınlığı ve kişiliği hakkında devlete bilgi edinme olanağı veren ÷lkede ikamet ve çalışma izni ile bunlara ilişkin somut verilere rağmen, idarenin Takdir Yetkisi'ni one çıkarmak Âdi Telsk'in anlamı ve amacıyla bağdaşmaz. İkamet, her iki taraf içinde birbirini tanıma ve değerlendirme süresidir. Âdi Telsik için gerekli ikamet süresinde devletin kayıtlarına geçen bilgiler ve edinilen kanaatlar, Vatandaşlık Başvuru Komisyonunun (TVY Md. 18) tespitlerinin, istihbarat veya emniyet örgütlerinin raporlarının önünde yer almalıdır.

Kaldı ki, Âdi Telsik'in Bağlı Yetki konusu olarak kabul edilmesi halinde Vatandaşlık Başvuru Komisyonu'nun varlığının yerindeliği dahi kuşkuludur. Başvuru sahibi yabancınn yasal koşulları yerine getirmesi halinde hak doğmuştur. Türkçe konuşma yeterliği bir dil kurumundan alınan belge olabilir. Sürekli çalışma izni, onun sahibi yabancınn geçimi ve Türk kültürüyle uyumu için yeterli kanıttır.. Soy bağını Telsik'in önemli bir ögesi haline getiren TVYY Md. 19/3 hükmü, kabul görmemelidir. Çıkar dengesini sağlama niteliğini korumak amacıyla vatandaşlığı kazanma türleri, Takdiri Yetki ve Bağlı Yetki ikilisine uygun ayırıma tâbi tutulmalıdır.

Egemen devletin ÷lkeye giriş ve çıkışlar ile ikamet koşullarını saptaması kuraldır. Yabancınn ÷lkeye giriş, çıkış ve ikamet koşullarının saptanması ve tutulan nüfus kütüğünün düzgün ve güncel olmasının Âdi Telsik koşullarının varlığını saptanmada önemli yeri vardır. Âdi Telsik beraberinde Bağlı Yetki İkamet ve Çalışma İznini getirir. Bir bütün oluşturan

Âdi Telsik, İkamet ve Çalışma İzni üçlüsünün aynı nitelikte hukuki işlem oldukları unutulmamalıdır. Âdi Talsik alanına Bağlı Yetkinin getirilmesi tüm müktesep vatandaşlık türlerini ve onlara bağlı işlemlerin yapısını da etkileyecektir.

Devletin bir yabancıya uzun yıllar sürekli ikamet izni vermesi kişi lehine Telsik hakkı yaratır mı ? 27.02.2003 gün ve 4917 sayılı Yabancıların Çalışma İzni Hk. Yasa Md. 6 kapsamında olan ve “Türkiye’de en az sekiz yıl kanuni ve kesintisiz ikâmet” ederek “Süresiz Çalışma İzni” alan yabancının lehine Telsik hakkı (Rechtsanspruch) doğmuş olabilir mi? TVY Md. 10 ve 19 karşısında sorulara verilecek yanıt olumsuzdur. Âdi Telsik alanında Bağlı Yetkiyi kabul etmekten kaçınan bir TVY’ye güvenerek Türkiye’de çalışmak veya yatırım yapmak risklidir.

Telsik’in temel koşullarından ikamet türleri ve bunların anlamları birbirinden farklıdır. Bir ülkede aralıksız yirmi yıl oturan (full-time resident) kişi soyut vatandaşlık kurallarına göre yabancı sayılsa da fiilen Yabancı Yurttaş (alien citizen) dır. Devletin fiili durumu Takdir Yetki’sine dayanarak görmezden gelmesi kabul görmez. Toplumsal değginlik alanında yabancın ülke çoğunluğu ile aynı din ve/veya soydan olması önem taşımamalıdır. Yabancının ülke yaşam anlayışını genel anlamda hoşgörüle karşılması ve topluma uyum göstermesi yeterli sayılmalıdır. ( Takdiri Yetki ve toplumsal değginlik konularında bkz. Walbruch, Chapter 3. Acquisition of Nationality, s. 3 vd. Baubock-Ersboll-Groennendjijk-Waldruch , Acquisition and loss of Nationality, 2 Cilt, 1. Cilt Amsterdam University Press 2006):

Telsik, Âdi Telsik’ten ibaret değildir. Kolaylaştırılmış ve Fevkalâde Telsik ayrışmasının de katılımıyla Telsik üç ana türe çıkar. İkincil nitelikteki Otomatik Telsik, Ortak Telsik, Toplu Telsik, Atatürk Telsik düzenlemeleri gereksinimleri katşılmak üzere üç ana türe eklenmiştir. Çabalar, dünyada yer alan serbest göç hareketlerinin ve iş gücünün ülkeler arasında kaydırılmasının gereksinmelerini karşılayamamıştır. Diğer bir nokta da, üçlünün uluslararası toplulukların yurttaşlık kavramını açıklamada ve devletler hukuku süjesi olmayan ülkeler vatandaşlarının seyahat gereksinmelerini düzenlemede yetersiz kaldıklarıdır. Bu sonuncu iki halde, Telsik düzenlemelerinin hareket noktası olan vatandaşlık ve yurttaşlık ikilisinin örtüşükleri ilkesi geçersiz kalmıştır.

Yabancı Yurttaş ve Yurttaş Olmayan Vatandaş kurallarıyla vatandaşlık ve yurttaşlığın ayrı düştükleri durumlar karşılanmaya çalışılmıştır. . Bireyin istenciyle yer değıştirmesi sonucu yurttaşlık fiilen vatandaşlıktan ayrı düşmüştür..Yabancının ülkeye yerleşmesi veya vatandaşın ülkeden ayrılıp başka yerde sürekli ikameti, herhalde yabancının Telsik istediği anlamına

gelmez. Bu hallerin ve özellikle Yabancı Yurttaş statüsünün Telsik ile ortak noktaları sürekli ikamet koşuludur. Yabancı Yurttaş statüsü Telsik'e giden yolun önemli kilometre taşıdır. Yabancı Yurttaşın haklardan yararlanması, salt yerleşme hakkı (right of abode) uygulamasında en üst düzeydedir.

Formalite Vatandaşlık, Telsik ile ilgisi olmayan yasa koyucunun siyasi nedenlerle yarattığı uygulamadır. Pasaport düzenleyerek seyahat özgürlüğüne hizmet etmek amacı güden Formalite Vatandaşlığın dayandığı ne yurttaşlık, ne de toplumsal değginlik ilişkisi bulunur. Formalite Vatandaşlık yeni tür koloni kurma yöntemi olarak dahi görülebilir.

Topluluk Yurttaşlığı, teknik olarak vatandaşlık veya yurttaşlıkla ilgili değildir. Yurttaşlığın aradığı fiili yerleşme (ikamet) olgusu Topluluk yurttaşlığı kavramında dolaylıdır. Yurttaşlık tabandan gelen fiili bir halin sonucu, Topluluk Yurttaşlığı yukarıdan verilen emre dayanan bir varsayımdır. Üye ülke vatandaşı uluslararası sözleşmeyle Topluluk Yurttaşını kabul edilmektedir. Topluluk birleşik devlet halini aldığı halde bireye vatandaş statüsü verebilecektir. Bu halde, kavramlar yerine oturacaktır. Commonwealth'in topluluk vatandaşlığı yaratma amacı başından beri yoktur. Avrupa Devleti yaratma çabasındaki AB henüz hedeften çok uzaktadır. Vatandaşlığın olmadığı yerde Telsik yoktur. Topluluk Yurttaşlığının Telsik'i olmaz.

Telsik, öncüsü Denizen'i de hesaba katarsak XII. yy. dan beri uygulanan bir Vatandaşlık Hukuku kurumudur. Kurumun koşullarının oluşmasında Denizen berat'ının yeri olduğu kuşkusuzdur. Berat koşulları hukuk devleti anlayışına uygun hale getirilerek vatandaşlık yasalarına aktarılmıştır. İdari bir işlem olan Telsik, İdare Hukuku'nun Bağlı Yetki ve Takdiri Yetki ikilisine dayanılarak Âdi Telsik, Kolaylaştırılmış Telsik ve Fevkâlâde Telsik ayırımına tabi tutulmuştur. Ayırım esas alınarak Âdi Telsik tanımı yapılabilir «Âdi Telsik, devletin Bağlı Yetki yöntemi uyarınca ülkede sürekli mukim bir yabancıya vatandaşlık vermesidir.». Müktesep Vatandaşlığın göstergesi olan Âdi Telsik'e dayanarak diğer türlerin tanımları geliştirilebilir. Kolaylaştırılmış ve Fevkâlâde Telsik hallerinde vatandaşlık Takdir Yetkisine dayanarak elde edilir. Ortak tanım yanıltıcı sonuçlar yaratabilir.

## V. OSMANLI'DA TELSİK

Dini Biat (religious submission veya religious assent) hristiyanlıkta, Hz. İsa'nın temsilcisi olan Papa'nın sözüne uymak, itaat etmek, sadakat göstermek ve onu desteklemek anlamındadır. (Obsequium religiosum). Tüm tek Tanrılı dinlerde olduğu gibi hristiyanlık da, Vatandaşlık

Hukuku'nun lâik Telsik kurumunu tanımaz. Din değiştirme, dñyevi etkisi olmayan ruhani ve vicdani bir işlemdir. Vatandaşlık, yurttaşlık ve toplumsal değginlik dine dayanan bir bütündür. Bireyin hukuki statüsünü, üstün otoriteye karşı olan hak ve yükümlerini dinî Şeriat gösterir. Dinî Biat Hukuku dinin veya mezhebin Őeriatının uygulanmasıdır.

Tâbiyet Hukukundaki „Allegiance“ (dñyevi Telsik), din ile ilgisi olmayan ve tebaa ile hükümdar veya derebeyi arasındaki fiili bağı, kişiye bağlılığı anlatır. Dñyevi Biat Hukukunda vatandaşlık, yurttaşlık ve toplumsal değginlik üçlüsü aranmaz. İtaat, sadakat, gönülden hizmet ve hükümdarın kişiliğine duyulan güven kökenli bağ (biat), kişiye, yurttaşlık bağı ve toplumsal aidiyet aramadan tebaa yapar.. İngiliz hukukunun Allegiance uygulaması, dñyevi Biat Hukuku'nun önemli bir örneği olmuştur. Bağ, önce tebaa'nın hükümdarın kişiliğine ve tutumuna karşı duyduğu güveni ve anlayış uyumunu anlatır. Sonra, emirlere ve yasalara itaatı, verilen görevi sadakatla yerine getirmeyi ve gönülden hizmeti kapsar. Bağ, babadan oğula da intikal ettiği varsayılan yemin (allegiance oath) ile berkitilmiştir.

Hükümdara, itaat, sadakat ve bağlılığı anlatan „Allegiance“ kralın kişiliğine münhasırdır. 1533'de İngiltere Kralı Henry VIII. getirdiği „üstñnlük andı“ (supremacy oath)da dini dayanağı olmayan kişiye biat'tır. Kral'ın ÷lkeyi yönetme yetkisi bir ilâhı kudretten değil kendi gücünden kaynaklanır. „Üstñnlük Fermanı“ (supramcy act) ile ÷lkede din birliği kalmamıştır. Soy birliği ve din birliği kalmayan ÷lkenin varlığını kral'ın kişiliği ve ortak kültür sağlamıştır.. Toplumsal değginlik, soy ve din birliği yerine kültür birliği ağırlıklı olmuştur. Münhasır olma niteliği ikinci bir krala, derebeyine, efendiye, padişaha vs. bağlılığı, „double allegiance'ı“ (çifte biatı) önlemiştir.

Telsik'in öncüsü olan „Denizen“ uygulaması da hükümdarın kişiliğine munhasırdır. Yabancıya, mezhebine bakılmadan bedel karşılığında ÷lkede oturma ve mülk edinme hakkı hükümdar adına tanınmıştır.. Örneğin, Telsik alanında aranan iyi ahlâk sahibi olma ve ÷lkede ikamet koşulları „Denizen“ uygulaması kökenlidir. Namuslu sermayedarın ÷lkede ikameti ve özellikle mülk edinmesi ve tarıma yatırım yapmasını sağlayan „Denizen“ statüsü, „Cuius regio, eius religio“ kuralına bakılmadan uygulanmıştır. Denizen uygulaması yabancıyı berat'ında (letter of denization veya letter of patents'de) gösterilen haklara sahip yabancı yurttaş yapar. Vatandaş sayılmayan, fakat Yabancı Yurttaş olan „Denizen“ biat yeminini (oath of allegiance'i) etmek durumundadır.

Osmanlı İmparatorluğunda Tanrı'nin Devleti ve Günahkârların Devleti ayırımı, bu ayırımı uyan Dini Biat ve Dñyevi Biat ikilisi yer almamıştır.



Dünyevi Biat'ın kişi ile hükümdar arasında doğrudan bağ oluşturduğu ilkesi mümin tebaa yönünden ağırlık taşımamış ve Padişah İslâm'ın ve dolayısıyla müminin koruyucusu sayılmıştır.

İslâmiyette de „Mülk“ Allah'ındır. Mülk hükümdara Allah'ın bir ihsanı, lütfudur. «.....ve imdadı ruhaniyeti cenabı Peygamberiyeye istinaden iş bu Kanun-i Esasiyi kabul ve tasdik ile tarafınıza gönderdim. İlamaşallahu taâla memaliki Osmaniye'nin her cihetinde düsturül amel olmak üzere...“ ilân ettim. (Irade-i Seniye 7 Zilhicce 1291-1876-). (Metin için Gözübüyük-Kili, Türk Anayasa Metinleri, Ankara 1982). Etkin resmi dini İslâm olan şer'i Osmanlı İmparatorluğunda Padişah'a biat, batılı hıristiyan ülkelerindeki „allegiance“dan ayrık olarak dini niteliktedir. «Saltanatı Seniyei Osmaniye hilâfeti kübrâyı islâmiyeyi haiz olarak sülalei âli Osman'dan usulü kadimesi veçhile ekber evlada aittir.». (1876 Ay. Md.3). Allegiance'da biat kralın şahsına, Osmanlı'da biat Padişah'ın şahsına değil hilâfet makamıdır. Müslüman tebaa, Allahın Padişah'a emaneti (emanetullah)dır. Millet-i Hâkimeye'yi oluşturan tebaa emanet edilen kullardan oluşur.

Millet-i Hâkime'den sayılmanın yolu „İhtida“ (İslâmiyeti kabul) dır.. Hâlife Padişaha dinen emanet edilmemiş gayrimüslim Osmanlı tebaası da, Millet-i Hâkimeden sayılabilmek için yabancı tebaa gibi İslâm'ı kabul ettiğini (İhtida'nı) bildirmelidir. Vatandaşlık Hukuku'nun bilinen Telsik uygulaması yerine „İhtida“ işlemi yapılmıştır. Din değiştirmede yetkili makamın takdir yetkisi yoktur ve usulüne uygun tescili idari işlem niteliğinde değildir.

İslâmı kabulde ilgilinin önce yetkili makamın, örneğin Bâb-ı Meşihat Meclisi veya Meclisi İdare-i Vilâyetin huzuruna gelmesi ve yapılacak telkini dinlemesi, kelime-i şahadet'i tekellüm etmesi ve İslâm-ı kabul ettiğini söylemesi gerekmiştir. Ayrıca, Padişah'a bağlılığının kanıtı bir biat yemini yoktur. Düzenlenen gerekli belge Şer'iyye Sicili Defterine kaydedilmek üzere yetkili kadı'ya gönderilir. Kadı ilgili zimmi veya müstemen muhtedinin durumunu Şer'iyye Siiciline düşer ve ilâmını imzalar. Muhtedi yabancının (müstemen'in) Şer'iyye Sicili Defterine kaydının düşülmesini onu Millet-i Hâkime üyesi ve. Devlet-ı Osmaniye Tebaası yapar.

Zimmi'nin „İhtida“ı tebaa değişikliği getirmez. Müstemenin mensup olduğu dinin liderliğinin tuttuğu cemaat defterine kayıt edilmesi onu zimmi tebaa yapmaz. Zimmi fethedilen ülke toprakları sakinlerine özel bir statüdür. Padişah ile zimmi arasındaki bağ ve zimminin statüsü, çoğu kez ferman türünden olan Zimmet Anlaşmasında gösterilir. Statünün barış anlaşmasında da yer alması olasıdır. Ancak, kayıt dizgesinin merkezi olmaması ve her memleketin (veya vilâyetin) kendi kaydını tutması nedeniyle Şer'iyye Sicilli düzeni suiistimale elverişlidir.

Hükümdar ile müslüman tebaa arasındaki bağ din ölçütüne dayanır. Padişah'ın dininden veya mezhebinden olanlar Millet-i Hâkime'dir. Millet-i Hâkime uygulamasında tâbiyet, yurttaşlık ve toplumsal aidiyet dine (mezhebe) dayalı bir bütündür.. Nüfus ve tâbiyet sicilleri din ayırımına göre tutulur ve düzenlenir. Şeriata uygun olarak yapılan din değiştirme yöntemi sonucunda muhtedi birey ülkesinde ikamet ettiği eyâletten (vilâyetten) gerekli kimlik belgelerini ve seyahat evrakını alır. Ülkede ikamet eden „her bir şahıs tebaa-i Devlet-i Aliyye'den mâdüt“tur. (TON Md. 9). Mezhep ayrışması halinde de İhtida gerekir. . Örneğin, Şii mezhebinden olan kişi Sünni/Selefiye mezhebinden olan ülke tebaası olamsı için İhtida gereklidir.

Osmanlı'da nüfus ve tâbiyet tescil işlemlerini kadılar Şer'iyye Sicillerine kayıt düşerek yürütmüşlerdir. Uygulamada kadının altında imzası bulunduğu her belgeye ilâm denilmiştir. XIX yy. kadar camilerde veya özel ikametgâhlarında görev yapan kadılar yargı etkinlikleri yanında hukuki, iktisadi ve sosyal kayıtları da tutmuşlardır. Sicil defterlerinde, nüfusa ilişkin bilgiler, şahsi hal, aile, din, mezhep, bağlı olduğu cemaat, doğum tarihi, ana adı, baba adı, ikametgâhı durumlarını gösteren kayıtlar bulunur. Gereken hallerde bireyin tebaa olduğunu gösteren ilâmlar düzenlemiş veya berat'lar verilmiştir.

Ödenen Cizye ve haraç vergilerinin de Şer'iyye Sicillerine düşülmüş olması nedeniyle, kadının yetki bölgesinde oturan zimmi'ler ve müstemener de devletin bilgisi altına alınmıştır. ( Daha az yaygın olan İhtisâb sicillerine kayıtlar şahsi hale ilişkin bilgiler içermezler). Gayrimüslim tebaa olan zimmi'lerin Telsik'i konu değildir. Gayrimüslim tebaa Zimmet Anlaşması'nda gösterilen koşullarla ve cizye ödeyerek ülkede „salt ikamet hakkına“ sahiptir. Millet-i Mahkûme olarak adlandırılan gayrimüslim tebaa aynı zamanda yurttaşdır. Örneğin, „Sırp milleti.....Devlet-i Aliy'ye-i Osmaniye'nin cizye gûzar reayası“dır. (Bükreş Andlaşması Md. 8, Erim, N., Devletlerarası Hukuk ve Siyası Tarih Metinleri, Ankara 1953,, s. 251.).Yapılan ödeme karşılığında bir tür makbuz olan „Cizye Kağıdı“ ilgili gayrimüslim tebaaya veya müstemene verilir.

Cizye ödeyen ve ülkede ikamet hakkı olan zimmi, Halifeye biat etmeyen tebaadır. «Zatı .hazreti padişahı hasbel hilâfe dini İslâm'ın hamisi ve bilcümle tebei Osmaniyenin hükümdar ve padişahıdır.». (1876 Ay. Md 4). Padişah, Millet-i Hâkimenin hamisi ve fakat tüm tebaa'nın hükümdarıdır. Her memleket kendi Şer'iyye Siciline, İhtisâb kayıtlarına veya diğer doğum belgelerine dayanarak kendi nüfusunu saptamıştır.

Ülke içerisinde bir memleketten diğerine gitmek veya yabancı ülkeye seyahat etmek isteyen kişinin, dinine ve soyuna bakılmaksızın ikamet ettiği

ve hakkında kayıtların tutulduğu memleket yönetiminden „Mürür Tezkeresi“ alması gerekir. „Mürür Tezkeresi“ alma hakkı olan herkes Osmanlı tebaa'sıdır. Ayrıca, kadı'dan veya vilayet yönetiminden alınan ilam veya berat ile de kişi tebaa olduğunu kanıtlamıştır. Mürür Tezkeresi, ilâm veya berat, müslim veya gayrimüslim Padişah'ın hükümdarı olduğu „bircümle tebea-i Osmaniye'ye“ verilmiştir. Şer'i Hukuku'nun ilkeleri değil, fiili yurttaşlık bağı kişiyi tebaa yapmıştır.

Zimmi'nin tebaa uygulaması, hükümdarin dininden (mezhebinden) olan ve olmayan ayırımı yapmayan batı Avrupada Dünyevi Biat Hukuku ile ilgilendirilemez. Bükreş andlaşmasında yer alan Sırp reayanın, Avusturya veya İtalya seyahatını Padişah tuğrasını taşıyan pasaport (veya bir belge) ile yapmadığı da açıktır. Reaya Sırp'ın, Osmanlı tebaası olduğunun karinesi Mürürü Tezkere'sini yerel kurallara göre Belgrad düzenler ve gideceği devletin yerel konsolos veya hudut konsolosunun imzasıyla yurt dışına gider. (Karş. Men'i Mürür Nizamnamesi Md. 5 .Metin için bkz. Çadırcı, Tanzimat döneminde çıkarılan Men'i Mürür ve Pasaport Nizamnameleri, TTK, Türk Tarihi Belgeleri Dergisi, XV/19 (1993) s. 173 vd.).

Darü'l Harpten Osmanlı topraklarına gelenler «Emân» (Aman) olarak ve Cizye ödeyerek ülkede oturabilirler. Osmanlı ülkesinin Dersaadet dışındaki bir yerine gelen "...müstem'in taifesi ... gerek re'a-i huddutta ve gerek ikamet edeceği memlekette" "Tezkerei Mü'rürü Mahsusa" yı ve İstanbula gelenler pasaportlarını yetkilisine imzalatmak durumundadır. ( Men'i Mürür Nizamnamesi Md.5 metin için Çadırcı, agm, s. 173 vd.). Nizamname'de Ehl-i Kitap olan ve olmayan ayırımı yapılmamıştır. Ehl-i Kitap olmayan yabancılar, Paganlar (Müşrik, Putperest, Hinduist vs. inancında olanlar) Kur'an'da yerilir. „Şirk“ Allah'a ortak koşmak en büyük günahdır. Ehl-i Kitap olmayanların da, özel geçiş tezkeresi veya pasaportla yurda gelemelerine Nizamname engel getirmez.

“Tezkere-i Mü'rürü Mahsusa” ile veya pasaportla Osmanlı ülkesine gelen ve gerekli vergi ve harç ödemelerini yapan ve iş tutan müstemen günümüz deyiimiyle “Yabancı Yurttaş”dır. Müstemenin Osmanlı tebaasından sayılması, TVY anlamında Telsik yoluna değil şeriat hükümlerine uygun olarak “İhtida” etmesine bağlıdır. İhtida etmek için belli bir süre ikamet aranmamıştır. İstanbulda Bâb-I Meşihat Meclisi ve diğer memleketlerde ise Meclisi İdare-i Vilâyet önünde şeriat hükümleri yerine getirdikten sonra kadı tarafından Şer'iyye Sicil Defterine gerekli kayıt düşülmesiyle “İhtida” gerçekleşmiş sayılmalıdır. İstemi halinde muhtediye tebaa ilâmı verilmelidir. Şeriat'a göre, Paganların ülkede tebaa sayılabilmeleri için „Emân“ yeterli sayılmamıştır. Önce Ehl-i Kitap olan Pagan, müstemen sayıldıktan sonra „İhtida“ yoluyla Millet-i Hâkime'den olabilmelidir.

Müstemenin Millet-i Hâkimedan sayılabilmesi, İhtida'nın Osmanlı yöntemi, biçimi ile içeriğine uygun yapılması, Devletin şer'i hükümlere göre yetkili kıldığı makamın önününde gerçekleşmesi gerekir. Osmanlı Şeriatına göre yapılan İhtida, kavramsal anlamda Telsik sayılmasa da, dini anlamda yeni bir tâbiyet kazanma yöntemi olarak kabul edilebilir. Devletin çıkarlarını tümünden ihmal eden, koşulsuz birey iradesine dayanan İhtida yoluyla tâbiyet kazanılması Vatandaşlık Hukuku genel ilkelerine ve hukuk devleti fikrine de terstir. XVIII. yy. 'dan önceki dönemlerde düzenli bir Mürür Tezkeresi ve Şer'iyye Sicili uygulamasının varlığı da kuşkuludur. (Osmanlı'da seyahat emirleri hk. Genel bilgi için bkz. Sezer, H., Osmanlı İmparatorluğunda Seyahat İzinleri (18-19 yy.), A.Ü. DTCF Tarih Araştırmaları, XXII,, 24 (2003), s.115 vd.).

XVII yy. uygulaması da Osmanlı'da seyahat izinlerinin yeri olduğuna, Zitvatoruk (1606) Andlaşması Md. 17'de "Beç'ten Asitane-i Seadetime ve Asitane-i

Seadetinden Beç cenibime varup geldiklerine kanun üzre yol emirleri verile" hükmü örnektir. (Erim, age, s. 33). Küçük Kaynarca Andlaşması Md. 8'de "Rusya Devleti'nin gerek rehabin zümresinden ve gerek sair reayasından olanlar tamamen ruhsat verile ki" Kudüs ve çevresini ziyaret edebilsinler. (Erim, age, s.124). Osmanlı Devletinde ilk dönemlerden başlayarak ruhsat, tezkere, emir veya izin adı altında, ülke sınırları içerisinde her memleketin kendi yöntemlerine göre düzenlediği seyahat belgelerinin aynı zamanda vatandaşlığın karinesi olduğu sonucuna varılır.

Şer'iyye Sicilleri, 1839 yılından sonra sancak ve kazalara nüfus katiplerinin atanması ve 1884 yılında Nüfusu Umumiye Müdürlüğünün kurulmasına kadar İhtida ve cizye ödeme kayıtlarının, genel olmadıkları ve ancak kısmen tutuldukları gerçektir. Tâbiyeti değişecek müstemen yönünden, geniş kolaylıklar getiren önemli nokta kendisinin Osmanlı Devletiyle Ahidname imzalanmış bir devlet tebaası olması durumudur. Ahidnameli müstemen hakkında sözleşme hükümleri uygulanmıştır.

Şer'iyye Sicillerinin genel ve yaygın olmadığı ve din ölçütüne dayalı Millet dizgesinin uygulandığı bir ülke hukukunda, şeriata uygun İhtida olayı müstemeni tebaa yapsa da, dini açıdan Telsik sayılsa da hukukan Telsik değildir. Bireysel Telsik hakkında söylenenler Toplu Telsik türü için de geçerlidir. Andlaşma hükmüne dayanarak , fethedilen ülke sakinlerinin tâbiyetlerinin toplu değişmesi, yetkili makam kararı olmadan, ilgililerin kimlikleri tek tek belirtilmeden ve nüfus kütüğüne kayıt gerçekleşmeden fetheden devlet tebaiyetini kazanma Toplu Telsik sayılamaz. Osmanlı Devletinin Avusturya ile yapmış olduğu 1791 tarihli Zıştov Andlaşması

örnek getirilecektir «İşbu seferden mukaddem yahut sefer esnasında canib-i ahârın arazisine çekilmiş ve riayyetini kabul edip rızaen ikamet eden reaya-yı cenibeyn tabîi devletleri tarafından bir vakitte iade olunmaları iddia olamayacak, tebeyyet eyledikleri devletin reaya-yı sairesi gibi addolunacaklardır». (Metin için Erim, age, s. 130). Fetih yolluyla elde edilen topraklarda yaşayan insanların yeni bir tâbiyet edinmeleri gerekli idari işlemlere ve kayıt düzeltmelerine dayanmadığı için Telsik gerçekleşmemiştir. Tek bir Andlaşma maddesi, gerekli düzenlemeler yapılmadan Toplu Telsik değildir.

Bireysel Telsik alanında Ahidnameler önem taşır. Ahitnameli müstemene andlaşmanın verdiği ayrıcalıklara dayanarak Millet-i Hâkime'den olma olanağı sağlanabilmiştir. Konuya ilişkin örnek, Fransa ile yapılan kapitûlaasyon sözleşmesinden yorum yoluyla getirilecektir. .1535 (25 Şubat 941) tarihli Fransa ile Osmanlı Devleti arasında yapılmış olan Barış, Dostluk ve Ticaret Andlaşması (Ahitnamesi) Fevkalâde Telsik anlamına gelebilecek hüküm içerir.

Büyük Hükümdar ve Fransa Kralının „bütün tebaası ve cizye verenleri“ Osmanlı diyarında «ticaretleri ve malları için dolaşabilsinler ve gidebilsinler, kalabilsinler, tekrar gelebilsinler...». «...ve eğer kendileri zorlanmadan istemezlerse ve ağızlarıyla söylemezlerse Türk yapılmasınlar ve sayılmasınlar, fakat dinlerinin gereğine uymak onlar için meşru olsun». (Erim, age, s. 9-11).

Kur'an'ın yöntemini göstermediği İhtida usulü mezhebe göre değişkendir. Mekke'de yapılan Selefî, Mısırda yapılan Fatimî, Tahran'da yapılan Şîî, İsrtaulda yapılan Hanefî İhtida yöntemleri, içerik ve biçim yönünden ayrıktır. İhtida, gerçekte yabancıнын önünde ikrarını tekellüm ettiği makamın bağı olduğu mezhep yoluyla müslüman olmaktır. Ahidnamenin „Türk yapılmasınlar“ hükmü, Fransızın yetkili meclis veya heyet önünde „Türk dini“ (mezhebini) almaya zorlanmaması anlamını taşır. Osmanlı makamları önünde ve Osmanlı şeritina (dinine- mezhebine) uygun ikrarını yerine getiren muhtedi Fransız Osmanlı tebaası olur. Tahran'da Şîî yöntemiyle veya Kahire'de Fatimî veya Selefîye usulüyle gerçekleşen İhtida Fransız Osmanlı tebaası yapmaz. Ahidnamne hükmü, XV ve XVI. yy. yabancıнын tebaiyet kazanma yönetmini gösteren mevzuat olarak görülmelidir.

Sonradan „Avrupa tücarî“ adı yakıştırılan ve kendilerine „Avrupa Tüccarı berat'ı“ verilen Ahidnameli tacir ayrıcalıklara sahiptir. Cizye ödeyerek, ülkede kalmak isteyen Ahidnameli tacir „Müstem'en tacir“, güvenilir bir kişiliği olduğunu kanıtlamak durumunda kalmaz. Aksı kanıtlanıncaya kadar Ahidname tacirinin güvenilirliği karinesi esastır. . .

Ahidnameli müstemem de ülkeye girerken sınırda veya limanda özel mürür tezkeresini veya papaportunu yetkiliye imzalatmak durumunda olmuştur. (Karş. Men'i Mü'rür Nizamnamesi Md. 5). Müstemem, cizye ödemediği halde sürekli mukim olmasa da „ticaret ve malları“ gerektirdiği sürece ülkede kalabilir. Ahidnameli Müstemem, genel nitelikteki cizye'yi vermesi takdirinde sürekli ikamet hakkı olan „Yabancı Yurttaş“ statüsü kazanmış sayılabilir.

Cizye, müstememin Osmanlı Devleti yönetimi altında kılmayı ve onun yasalarına uymayı kabul ettiğinin karinesidir. Cizye, „Avrupalı tacir“ ile devlet arasında Ahidname hükümlerini aşan bir bağ oluşturur. Cizye vermeyen Ahidnameli müstemem ile Devlet arasındaki ilişki sözleşmede yazılı sınırlarla bağlıdır. Dünyevi Biat Hukukunda olduğu üzere hükümdara bağlılık yemini Ahidnameli tacir açısından yoktur. Ahidnameli müstememin sınırdışı edilmesi veya ülkeye giriş çıkışının sınırlandırılması „gidebilsinler, kalabilsinler ve tekrar gelebilsinler“ hükmü karşısında zordur.

Yabancılar Hukukunu, Vatandaşlık Hukukunu ve Anayasa Hukukunu ilgilendiren bu düzeyde kapsamlı Ahidname'nin hiçbir bağlayıcı ve sınırlayıcı hüküm getirmemiş olması yerinde görülemez. Ahidname harbi Fransızları „Eman“ yükümünden kurtarmıştır. Tüm Fransız tebaası kapsamına „Avrupa tüccarı“ olmayan Fransızlar da girmişlerdir.

Ahidname ile tanınan ülkede kalma hakkının hukuki sonuçları sözleşmede gösterilmemiştir. „...bütün tebaa ve cizye verenleri “ hükmü cizye verenlerin dinen bağlı oldukları cemaata üye olmaları yolunu açar. Cizye vermeyenler sürekli mukim olmadıklarından cemaat defterine kayıt edilmemelidir. Osmanlı Millet dizgesinde insanlar din ölçütüne göre sınıflara ayrılmışlardır. Her dini grubun kendine özgü cemaatı vardır. Cemaatların seçtiği ve Osmanlı Devletinin beraat ile onayladığı dinsel başı bulunur. Ahidnameli tacirin dinen bağlı olduğu cemaata üye olması müstememin yeni bir tâbiyet kazanmasını sağlamaz. Müstemem ile birlikte cemaat üyesi olan bir zimmi'nin mevzuat boşluğundan yararlanarak Fransa tebaası olması ve bu suretle Ahidnameden yararlanması hakkı önlenememiştir.

Fransızların dinlerini korumalarını öngören hükme dayanarak yorum yapılırsa, Hıristiyan Fransızın dinini koruyarak Osmanlı tebaası yapılması gerekir. Fransızın dinini koruyarak Millet-i Hâkimedan sayılması, din ölçütü esas olduğu sürece olanaksızdır. Millet-i Hâkimedan sayılma hakkı müslümanlara aittir. Ülkede ikamet eden ve cizye ödeyen Fransız'ın ülkede bulunan Millet-i Mahkûme cemaatlarından birisine katılması ve üyesi olduğu cemaatin ruhani otoritesi altında yaşamayı kabul etmiş olması

kendisine zımmi statüsü vermez. Müstemen Fransızın cemaat kütüğüne (veya defterine) kaydı kendisini Osmanlı tebaası yapmamıştır.

Fransızın, „İhtida“ yoluyla Millet-i Hâkime üyesi olarak Osmanlı tebaasından sayılması ise üzerinde durulması gereken bir yoldur. İhtida, İslâm'a (mezhebe) girecek bireyin ikrar vermesine tanıklıktır. Fransızın, başvurusu sonucunda şer'i kurallara göre yetkili meclis veya kurul önünde ve tanıkların yanında „kelime-i şahadeti“ söylemesiyle İhtida gerçekleşir. Bireyin İslâm'a girme ikrarı'nın varlığı, yerel kadı tarafından tutulan Şer'iyye Sicili Defterine düşülen İhtida İlâm kaydıyla kanıtlanır. Yapılan İhtida töreni ve düşülen kayıt yetki, biçim, konu, sebep ve amaç yönünden „Tebaa Devleti Aliyyeyi“ kazandıran idari işlem değildir. İslâm'a girme ikrarı'nda amaç ve konu tâbiyet değiştirme değildir. İkrar'a tanıklık eden meclis veya kurul da şer'an ve hukukan Telsik kararı almaya yetkili sayılamaz. Şer'iyye defterine düşülen kayıta tâbiyet değişikliğine yer verilmemiştir.. Kayıta ilgilinin sâlik olduğu din, kayıtlı olduğu cemaat, asıl memleketi, doğumu asıl adı ve yeni (müslüman) adı bilgileri yer alır. ( Bkz. Yiğit, A., İzmir Şer'iyye Sicillerine yansıyan İhtida vakaları, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.3, S. 11, 2010, s. 633 vd.).

Ahidname hükmü, günümüz lâik Telsik kavramı dışlanarak da düşünülebilir. Müstemen Fransızın „Bâb-ı Meşihat Meclisi“ veya „Meclisi İdare-i Vilâyet“ önünde „İhtida“ etmesi ve kadı'nın İhtida İlâmı kaydı, kıyas yoluyla yürürlükte bulunan TVY Md. 12/1'de öngörülen yetkili makam kararıyla vatandaş olma, „Dini Fevkâlade Telsik“ sayılabilmelidir. „Bâb-ı Meşihat Meclisi“ başı Şeyhülislâm Sadrazam'dan sonra gelen bir devlet görevlisi olduğuna göre, dönemin koşullarına uygun işlem Dini Fevkâlade Telsik veya „İhtida Yoluyla Telsik“ işlemidir. Müftü önünde yapılan İhtida hakkında da benzer düşünce geçerli olabilir. Şeyhülislâmın veya Müftünün İhtida istemini yadsımayıp kabulü Takdir Yetkisi'dir. Takdir hakkını kullanan İçişleri Bakanın veya Bakanlar Kurulu yerine, Osmanlı Devleti düzeninde Şeyhülislâm veya Müftü önünde İhtida töreni koşulu ikame edilebilir.

İhtida töreni, batılı uygulamasının hükümdara bağlılık töreni (oath of allegiance) değildir. İslâm'a girmek Allah'a ve Hz. Muhammed'in Allah'ın kulu ve peygamberi olduğuna ve O'nun Kur'an'ına imanla olur. İhtida, Biat Hukukunda olduğu üzere hâlife ve padişah ile ilgili bir bağlılık yemini değildir. Peygambere iman O'nun vekiline hâlife'ye de iman anlamına gelebilir.

Osmanlı anlayışında, „ hasbel hilâfe dinî İslâm'ın hamisi“ olan padişah tüm sünni İslâm'ın, tebaası Araplar dahil koruyucusudur. Din esas alındığından müslümanları birbirinden ayıran etnisite ve tâbiyet ayrımı bulunmaz. İslâm, millet ve tâbiyet farkını örter ve eşitlik sağlar. Muhtedinin

milletinden ve tâbiyetinden ayrılması aranmaz. Osmanlı makamları önünde ve Osmanlı şeriatına göre müslüman olan zimmi veya müstemem Türk'tür. Din değiştiren Hıristiyan Türklüğü ve Türk dinini kabul etmiş sayılır. İhtida eden Ahidnameli tacir de Türk (dinin) den ve müslim ahaliden sayıldığından „İhtida Yoluyla Fevkalâde Telsik'in“ gerçekleştiği yorumu kabul edilebilir.

Telsik'in bir devletin tâbiyetinden çıkarak bir başka devletin tâbiyetine girmek olarak kabul edilmesi takdirinde „İhtida Yoluyla Fevkalâde Telsik“de, Osmanlı düzeninde geçerli bir Telsik türü olarak görülmelidir. . Muhtedi bireyin, yetkili makamlar önünde İslâm'a gireceğini ikrarı ayrı bir idari işleme gerek bırakmadan onu Millet-i Hâkime sınıfına sokar. Millet-i Hâkimeden sayılan bireylerin tebaa olduklarında ise kuşku yoktur.

Ahidname, müslüman olmak isteyen Fransızın zorlanmadan kendi özgür istenci ve “ağzıyla“ Türk (müslüman) yapılmasını istediğini bildirmesini hükme bağlamıştır. Bu hüküm Osmanlı Devleti'ne karşı bir suçlama niteliğindedir. Hüküm, Osmanlı Devletinde yabancıların zorla dinlerini değiştirdikleri ve tebaa yapıldıkları haller bulunduğu sonucunu verir. Hükümün dayanağı, Yeniçeri ordusuna asker temini için yapılan „Devşirme“ uygulamasından esinlenmiş ve etkilenmiş olabilir. Yorum türü ne olursa olsun Osmanlı Devleti açısından kabul edilemez. Ancak, Ahidnameyi imzalayan Osmanlı Devleti hükümün ağırlığının ayırına varamamıştır.

Ahidname, tebaa olan Fransızın temel haklarından din özgürlüğü hakkını da düzenlemiştir. „Dinlerinin gereğine uymak onlar için meşru olsun“ hükmü de Osmanlı da din özgürlüğü hakkının olmadığını karinesi sayılabilir. Zorla, yabancıyı müslüman tebaa yapan ve Hıristiyan müstememene din özgürlüğü tanımayan bir Osmanlı Devletinin, dönemin Reform ve Hümanist görüşlerinden ne kadar uzak olduğunu da, bu hüküm kanıtıdır.

Osmanlı Devletinin daha sonra yaptığı andlaşmalara dayanarak tebaa olmak isteyen bireyin iyi ahlâk sahibi olması koşulunun arandığı sonucuna ulaşılabilir. Karlofça Andlaşması (1699) Md. 9 hükmüne göre «Tarafeynin reayasından müfrid ve âsi ve bedbah olanlar iki canibden dahi kabul olunmayıp bir veçhile himaye olunmayıp» haklarında yasal işlem yapılacaktır. (Erim, age s. 28 vd.). Benzer hüküm Belgrad Andlaşması (1739) Md. 18'de «Tarafeynin reayasından müfrid ve âsi ve bedbah olanlar iki canipte dahi kabul» olunmazlar. (Erim, age, s.89).

TON (Tâbiyeti Osmaniye Kanunnamesi veya Nizamnamesi) yürürlüğe girinceye kadar Osmanlı Devletinde genel anlamda Telsik kurumunun bulunmadığı ve yorumla „İhtida Yoluyla Fevkalâde Telsik“in kabul edilebileceği bir gerçektir. 1535 tarihli Ahidnâmede hükme bağlanmış ve



döneminin uygulamasını gösteren Osmanlı tebaası olma yöntemi 1860 Tarihli Kanunname ile tarih olmuştur

23 Ocal 1860 tarihli TON (Tâbiyeti Osmaniye Nizamnamesi veya sonraki adıyla Kanunnamesi) Md. 3 Âdi Telsik'i ve Md. 4 Fevkalâde Telsik'i hükme bağlamıştır. Her iki hüküm de Telsik'in Takdiri Yetkiya tâbi kurum olduğunu vurgulamıştır. Osmanlı tâbiyetini kazanma din'den arınmış ve lâik bir düzene girmiştir. Hakkında yapılabilecek tüm eleştirilere rağmen TON çağdaşlaşma yönünde ufak bir adım sayılabilir. TON'nin önemli bir diğer özelliği ulus-devlet anlayışına dayanarak devletin savunuculuğunu yüklenmiş olmasıdır.

Âdi Telsik'de aranan yabancı'nın ülkede beş yıl ikamet koşulu Fevkalâde Telsik'de yoktur. (Yasa metni için bkz. Unat, Türk Vatandaşlık Hukuku, - Metinler-Mahkeme kararları, Ankara 1968, s. 8 vd.). Âdi Telsik'i yalnızca beş yıllık ikamet koşuluna bağlayan ve Takdiri Yetkiyi tümüyle yetkili makama bırakan düzenlemenin Devletin içinde bulduğu durum nedeniyle kabul görebilir. Fevkalâde Telsik'i düzenleyen Md. 4 hükmü ise, kamu yararı veya toplumsal çıkar veyahut benzeri bir sınırlama getirmemiş olması nedeniyle kabul görmez.

## VII. ÂDİ TELSİKİN BAĞLI YETKİ OLMASI SORUNU

Tüm Telsik türlerinde vatandaşlığa alınma kararı idari işlemdir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası Md. 2, idari işlemi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden idari yargı denetimine tâbi kılmıştır. Yargı denetimi „hiçbir suretle yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.“ (1982 Ay. Md. 125/4 , 5982 sayılı yasayla değişik şekli). Her tür Telsik işlemi takdiri olduğundan hakkında kanun yolları kapalıdır. (Karş. TVY Md. 10) (Bkz. Berki, age, s.62; Seviğ-Seviğ, age. s. 91).

Ayırım yapılmaksızın her tür Telsik işlemi “Takdiri Yetki” kapsamına almanın yerindeliği İdare Hukuk'unun “Bağlı Yetki” ve “ Takdiri Yetki” ayırımıyla bağdaşmaz. (Schneider,H.,Die Ablehnung.eines Einbürgerungsantrages vor den Verwaltungsgerichten, Zeitschrift für ausländisches,öffentliches Recht und Völkerrecht, 1953 s. 449-463, s.454 ve orada gösterilen Alman içtihatları). Âdi Telsik alanında, hareket serbestisi olmayan idare, vatandaşlık mevzuatının önceden çizdiği yoldan ayrılamaz. Pasaport isteminin Bağlı Yetki'ye tâbi olması, başvurunun mevzuatın öngördüğü koşulları karşılaması halinde ilgili lehine hak doğması, Âdi Telsik uygulamasıyla kıyas edilebilecek örnektir. Âdi Telsik, diğer Telsik türlerinden ayırık olarak Bağlı Yetki sınırları içerisinde yargı denetimine tâbidir.

Bağlı Yetki, idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat öğelerini yerine getirme koşullarının mevzuat tarafından önceden saptanması, idareye belli olası çözümler arasında yeğleme olanağı tanınmaması veya yasa koyucunun idareye belli bir tasarrufda bulunmayı kesin olarak önermesi hallerini anlatır.(Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, Ankara 2011, s. 200; Yayla, Y., İdarenin Takdir Yetkisi, İÜHF, C. 30, s.202; Çağlayan, Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Eerzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, 2003, s. 171 vd.). Âdi Telsik’de, vatandaşlık yasaları idari işlemin öğeleri gereği koşulları önceden tek tek saptar ve yetkili makamın koşulları yerine getiren yabancıyı vatandaşlığa almasını kesin önerir.

Egemenlik hakkına sahip devlet vatandaşlık kazanma ve yitirme kurallarını yasayla saptama yetkisini haizdir. (1930 tarihli Tâbiyet İhtilâflarının Çözümüne ilişkin Lahey Sözleşmesi Md. 1). Yetki, Vatandaşlık Hukuku’nun genel ilkelerine ve uluslararası teamüle uygun kullanılmalıdır. Vatandaşlık Hukuku’nun genel ilkesi, Bağlı Yetki ve Takdiri Yetkiyi gerek asli vatandaşlık, gerek müktesep vatandaşlık hallerinde devletle birey arasında çıkar dengesi kuracak yönde düzenlemektir. Âdi Telsik’in önemli özelliği, bireyin istenciyle mutluluğa ve erince ulaşmasını sağlamaya yardımcıdır. Âdi Telsik’i Bağlı Yetkiye tâbi kılmak amaca hizmet eden bir yoldur.

„Âdi Telsik“ yoluyla vatandaşlık kazanma koşullarını yasa, idarenin takdirine yer bırakmamak üzere tek tek göstermiştir. Yasada gösterilen Âdi Telsik koşullarının yerine getirildiğinin idare tarafından resmen saptanmasıyla, Âdi Telsik başvurusunda bulunmuş yabancı kişi lehine vatandaşlığı kazanma hakkı kurulmuştur. Dosyanın noksatsız tekemmül etmiş olduğu yolunda yetkili daire tarafından alınan karar Bağlı Yetki kapsamının da bir işlemdir. İdarenin işlemini geri alması söz konusu olamaz. Bağlı Yetki, yetkili makamın koşulların yerine getirilmediği konusundaki kararına karşı ilgisine tam yargı dâvası ve iptal davası hakkı tanır. Hatta, mahkemeden Türk vatandaşlığına hükmedilmesini talep hakkı da doğabilmelidir. (Schneider, agm, s, 449 vd).

Fevkalâde Telsik ve Kolaylaştırılmış Telsik türlerinde, vatandaşlık mevzuatı idari işlemin tüm öğelerini önceden bağlı belirlememiş takdire bırakmıştır. Bağlı Yetki ve Takdiri Yetki ayırımı yapılmadığı halde Telsik türlerinden söz etmenin anlamı yoktur. Biat Hukukunda Telsik’in gelişmemesinin ana nedeni Telsik’in tüm türlerinin hükümdarın takdiri yetkisine tâbi kılınmasıdır. 5901 sayılı TVY’nın, Telsik türlerini gereken biçimde düzenlememiş ve Bağlı Yetki ve Takdiri Yetki ayırımıyla uyumlu hükümler getirmemiş olması çağdaşlık değerini düşürmüştür.

Bağlı Yetki uygulamasının vatandaşlığı yetirme halinde geçerliği de belirtilmelidir. TVY Md. 25’de hükme bağlanmış çıkma Takdir Yetki’sini önde tutarak bireyin istencini geriye itmiştir. Vatandaşlık Hukuku genel ilkelerine göre, bireyin istencinin ağırlık taşıdığı her düzenleme Bağlı Yetki kapsamındadır. Çıkmada erek bireyin mutluluğuna ve erincine hizmettir. Takdir Yetki’sini önde tutan TVY Md. 25 düzenlemesine katılmak olanaksızdır. Buna karşılık TVY Md 29 hükmü devletin çıkarlarına hizmet amaçlıdır. TVY Md. 29 hükmünün, çıkar dengesi açısından Takdir Yetkisini getirmesi yerindedir.

Bağlı Yetki’nin Telsik’de uygulanması terminoloji sorunları getirebilir. Makalede yeğlenen Âdi Telsik, Kolaylaştırılmış Telsik ve Fevkalâde Telsik üçlüsü yerine Bağlı Yetki Telsik, Takdiri Yetki Telsik ve Fevkalâde Telsik terminolojisi kullanılabilir. İkili ayırım yapılarak Bağlı Yetki Telsik ve Takdiri Yetki Telsik ayırımı getirilir ve her iki tür de kendi içerisinde alt bölümlere ayrılır. Nihayet, Âdi Telsik, Kolaylaştırılmış Telsik, Fevkalâde Telsik ve Otomatik Telsik dördü ayırımı da kullanılabilir. TVY’nin Bağlı Yetki ve Takdiri Yetki ayırımını düzenlemesinden sonra daha salim bir tercih yapılabilir.

### **VIII. TÜRK HUKUKUNDA ÂDİ TELSİK**

Telsik vatandaşlık kavramının özüdür. Vatandaşlığı, yalın olarak kişi ile devlet arasındaki hukuki bağ biçiminde anlamak kavramsal anlam taşımaz. Kavramsal anlamda vatandaşlık hukuki bağ, fiili bağ ve toplumsal bağ üçlüsünü içerir. Âdi Telsik, Vatandaşlık Hukuku’nun her üç ögesini de, başvuru anını da kapsayan tek kurumdur. TVY Md.11/1-c-ç ve TVYY Md. 15/1 birlikte ele alınmaları halinde Telsik’in üçlü kapsamı görülür. TVY Md. 11/1-b-c-f ve TVYY Md. 15/1-b-c-f fıkraları yurttaşlık terimi altında toplanan fiili bağı ve TVY 11/1-d-e ve TVYY Md. 15/1-d-e fıkraları toplumsal bağı veya diğer deyişle toplumsal değginliği veyahut aidiyeti gösterirler.

Vatandaşlık kavramının her üç ögesini de içeren Âdi Telsik somuttur. Doğum olgusuyla anne ve/veya babaya nispet edilen çocuğa tanınan ve asli vatandaşlık olarak isimlendirilen hukuki bağ soyuttur. Fiili bağ ve toplumsal bağ ikilisinin ilerde oluşacağı umuduna dayanarak çocuk lehine kurulan hukuki bağ varsayımdır. Yurt dışında sürekli mukim. Türk anave/veya babadan olan çocuğa kan bağı esasına göre tanınan vatandaşlık çocuk Türkiye’ye gelip ikamet etmediği, fiilen yurttaş olmadığı sürece varsayım olma niteliğini sürdürecektir. Seçme hakkı dizgesi de bu gerçeği değiştirmez.

Tutarlı ve günümüz gerçekleriyle uyumlu Vatandaşlık Hukuku yapabilmenin yolu birey ile devlet arasındaki çıkar dengesini kollayan

vatandaşlık yasası ve türleri çoğalmış Telsik'den geçer. Doğumla vatandaşlığın kazanılması halinde doğum olgusu ve anme ve/veya babadan birisinin vatandaş olması halinde “vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade eder”.(TVY Md. 6/1). Çocuk, koşullar gerçekleştiği anda vatandaşlığı, yetkili makam kararına gerek kalmadan otomatik kazanmaktadır. Devletin egemenlik hakkına dayanan tasarrufunda yazılı yasal koşulların gerçekleşmesiyle hak doğmuştur. Asli Vatandaşlık halinde Takdiri Yetki olmayıp Bağlı Yetki vardır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Md. 15/1 hükmüyle uyumlu ve vatandaşlığı temel haklardan kabul eden bir düzenleme.

Otomatik vatandaşlık kazandırmayan Âdi Telsik için istemde bulunan yabancı “yerleşim yerinin bulunduğu valiliğine” form dilekçeyle başvuracaktır. (TVYY Md. 16/1 ve 17/1-a ile TVYY Md. 35.). Yabancı “yerleşim yerin”den kasıt 5683 sayılı Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Yasasına göre düzenlenen “İkamet Tezkere”sinde yazılı olan veya usulüne uygun değiştirilen yer olmalıdır. Hükmün, 5683 sayılı yasa terminolojisine sadık kalarak ikamet tezkeresinde yazılı yer valiliği demesi daha tutarlı olur idi. Âdi Telsik’in ikamet tezkeresi, ikamet izni ve çalışma izniyle sıkı ilgisi unutulmamalıdır.

Form başvuru dilekçesine eklenecek belgeler TVYY Md. 17/1’de gösterilmiştir. Maddede sayılan belgelerin, h ve i bentleri hariç tümü, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası Md. 8 gereğince tutulacak nüfus kütüğünde veya 5683 sayılı yasaya “ikamet tezkeresi” düzenlemekle yükümlü İçişleri Bakanlığı kayıtlarında veya 4360 sayılı yasaya göre çalışma izni veren Çalışma Bakanlığı dosyalarında da bulunur. Aynı belge veya bilgileri tekraren ilgili yabancının getirmesini istemek bürokrasiyi çoğaltmak ve ilgiliye gereksiz gider yükümü getirmektir.

Başvuruyu alan valilik TVYY Md. 17’de yazılı belgeleri içeren bir dosya hazırlayarak ön incelemeye başlar. ( TVYY Md. 16/2). Ön inceleme, Telsik isteminde bulunan yabancının erginliği, beş yıl ikamet ettiği, herhangi bir suçtan dolayı yargılanmadığı hususlarına ilişkin resmi yazılar ile diğer belgelerin dosyada varlığını kapsar.

Ön inceleme sonucunda “dosyası tamamlanan yabancı hakkında il emniyet müdürlüğünce soruşturma yapılması” aşaması başlar (TVYY Md. 17/2ve 18/1). TVYY Md. 18/1 hükmünün Md. 17/1’den ayrıldığı nokta “millî güvenlik ve kamu düzeni” incelemesidir. Teknik açıdan, Md. 18/1-a’yı Md. 17’ye 3. fıkra olarak eklemek yeterli olmalıdır. Belirsiz kavramlar olan millî güvenlik ve kamu düzeni alanında araştırma ve takdir yükümünün Millî İstihbarat Örgütü Müsteşarlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğüne koşulsuz bırakılmış olması yerinde görülemez. (TVYY Md: 35/4). Ülke çoğunluğundan farklı düşünmek, yabancı yurttaş olarak güç kulanmadan siyasi etkinliklere katılmak, farklı din veya mezhepten olmak milli güvenlik

ve kamu düzeni engeline takılmamalıdır. İstihbarat örgütü raporlarına eleştirel yaklaşılması gereği unutulmamalıdır.

İki idari organ olan Milli İstihbarat Örgütü Müsteşarlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğüne milli güvenlik ve kamu düzeni konusunda araştırma yapmak ve “sonucu açık bir şekilde bildirmek” görevinin yönetmelikle verilmesi de tartışılabilir. TVYY Md. 35/4 hükmü, Bakanlık veya Bakanlar Kurulunun takdir yetkisinin Müsteşarlık ile Genel Müdürlüğe havale edildiği izlenimini vermektedir. İki Daire Âdi Telsik’in karar mercii durumuna getirilmiştir.

Soruşturma aşamasının ikinci bölümü dosyanın komisyona gönderilmesidir. (TVYY Md. 19). “Vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu”un (TVYY Md. 18/1) tek görevi entegrasyonun (dil bilme dahil) gerçekleşip gerçekleşmediğini gösterecek mulakatı yapmaktır. Md. 18/1-b ve f.2’nin komisyona yabancı soy durumunu inceleme yetkisi vermesinin anlamı yoktur. İlgilin beyanına göre yapılacak saptamanın değeri düşüktür. Âdi Telsik ilgili yabancı soy durumundan tamamen arınmıştır. Esasen yabancıya özel nüfus kütüğünde konuya ilişkin kayıt bulunması halinde soy durumuna ilişkin bilgi bulunması da olasıdır. Âdi Telsik yasa koyucunun objektif koşullarına, Fevkalâde Telsik yabancı soy durumunun sübjektif haline dayanan düzenlemedir.

Komisyon “araştırma sonucunda aranan koşulları taşıdığı anlaşılan yabancı” dosyasını il (emniyet) müdürlüğüne iletir. Müdürlük tamamlanan dosyayı karar almak üzere Bakanlığa gönderir” (TVYY Md. 19/4). Tamamlanan dosya, TVYY Md. 10’ göre yabancı lehine, Bağlı Yetki Kabul öngörmediğinden Telsik isteme hakkı (Reshtsanspruch - ihdasi hak) oluşmaz. Hazırlanan tekemmül etmiş dosyanın Bakanlığa gönderilmesi mutlak hak doğuran bir işlem sayılmamasını Âdi Telsik ilkesiyle bağdaştırmak güçtür.

Düzenleme karşısından, Türk Vatandaşlık Hukukunda Âdi Telsik’in bir tür Fevkalâde Telsik olduğu kabul edilmelidir. TVYY Md. 20/4’ün vatandaşlığı istisnaen kazanmaları zorunlu görülenler hakkında da aynı belgeleri içeren dosya hazırlanmasını öngörmesi de Fevkalâde Telsik ile Âdi Telsik arasındaki bir ayrışmanın aranmadığı izlenimini verir.

Devletin yıllarca ikamet izni ve/veya sürekli çalışma izni verdiği bir yabancı Telsik istemini, TVYY Md. 18/1-a bendi gereğince verilecek raporlara dayanarak yadsınması hakkaniyete de uygun değildir. “Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından Türk vatandaşlığına engel” bir hali olmadığı anlaşılan ilgili yabancıya Bağlı Yetki yoluyla mutlak hak vermez

ve Takdiri Yetkiyi içeren üçüncü aşamaya geçilir. Üçüncü aşama Bakanlığın Takdrii Yetki kararından ibarettir.

Ülkede, hesaplama göre en az 8 yıl ikamet etmiş ve sürekli çalışma izni almış yabancı Bağlı Yetki usulüyle vatandaşlık kazanabilir. İkamet süresi içerisinde filli ve toplumsal bağ edinen “Yabancı Yurttaş”kişi “Bağlı Yetki” ilkesi gereğince, TVY’nin aksine tam vatandaş (national full-citizenship) kılınmalıdır.

Âdi Telsik halinde, Devletin beş yıl süreyle ikamet tezkeresi verirken esasen, 15 Temmuz 1950 tarih ve 5683 sayılı Yabancıların İkamet ve Seyahatları Hk. Yasa Md. 7’de yazılı red nedenlerini uygulayarak millî güvenlik ve kamu düzeni engelini düşünmüş olması doğaldır. Aynı konularda yeniden TVYY Md. 18/1’in raporlar aramasına gerek yoktur TVY Md. 11/1-g fıkrası hükmünün Âdi Telsik uygulamasında millî güvenlik ve kamu düzeni engelini yerinde görmek güçtür. (4360 sayılı yasayla 5683 sayılı yasa Md. 9’daki bir yıllık süre 5 yıla çıkarılmıştır.). TVY Md. 11/1-a fıkrasının ise bir özelliği bulunmadığına işaret edildikten sonra Telsik’in fiili bağ ve toplumsal bağ koşulları üzerinde durulacaktır.

### **1. Fiili Bağ (Yurttaşlık)**

TVY Md. 11/1-b-c-f ve TVYY Md. 15/1-b-c-f, Md. 16/2-b-c-ç ve Md. 17/1-f-g-ğ fıkraları fiili bağ deyimini anlamını taşırlar. Fiili bağ (yurttaşlık) deyiminin esası ikamet ve ikamet niyeti veya daha yerinde bir deyişle ülkede sürekli yerleşik yurttaş olma niyetidir. 1950 tarihli ve 5683 sayılı Yabancıların İkamet ve Seyahatları Yasası Md. 9 uyarınca düzenlenen beş yıllık süreli İkamet Tezkeresi yerleşme niyetinin ilk kanıtıdır. Telsik’in gerçekleşmesi, işlemler süresinin uzunluğu düşünülürse başvuru tarihinde, ikinci bir beş yıl uzatılmış ikamet tezkeresini gerektirdiği anlaşılır. (Karş. TVYY Md. 17/1-ğ ile). Yabancıнын yerleşme niyetini taşınmaz mal edinmek, iş kurmak veya iş yerinde çalışmak, işlerini Türkiye’de toplamak, Türk vatandaşı yakını bulunmak etkinlikleri gösterir. Hükümde yer alan öğrenim görmenin TVYY Md. 16/2-c fıkrası karşısında yerleşme niyeti olarak kabulü güçtür. Ancak, hükmün herhalde doğruluğu kabul görmez. Öğrenimden sonra veya öğrenim sırasında 4360 sayılı yasaya göre tuttuğu işi sürdüren yabancıнын öğrenim süresini hesaba katmamak yerinde görülemez. TVYY Md. 16/2-c hükmüne göre, öğrenim amacıyla alınan yasal ikamet tezkeresinin beş yıllık Telsik süresinin hesaplanmasıyla ilgisi olmamalıdır.

5683 sayılı yasa Md.9’a göre düzenlenen yabancılara özel ikamet tezkeresi sahibi yabancı, 5490 sayı ve 25.04.2009 günlü Nüfus Hizmetleri

Kütüğü Md. 3/1-bb uyarınca tutulacak kütüğe tescil edilir ( Bkz. 5490 sayılı yas Md. 8/1, Md. 11/2, Md. 20/1, 21/1 ve evlenmede Telsik hk. 25/1).. İkamet tezkeresinin düzenlenmesi ve nüfus kütüğüne kayıtlı birlikte yabancı “Yabancı Yurttaş” veya “vatandaş olmayan yurttaş” (non-national citizen) dır. “Birleşmiş Milletlerin Vatandaşı Olmadıkları Ülkede Yaşayan Kişilerin İnsan Hakları Bildirgesi” haklarında uygulanmalıdır.

5683 sayılı yasa Md. 3’ün öngördüğü “ikamet tezkeresi”nin (oturma belgesinin) işlevini üzerine düşülen şerh gösterir. TVYY Md. 16/2-c «.....Türkiye’de yerleşme niyetini göstermeyen sığınma veya iltica başvuru sahibi, sığınmacı, öğrenim, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi gibi amaçlarla ikamete bağlandığı anlaşılan” ikamet tezkeresine dayanarak yapılan başvuru» yadsınır. Sınırlamaya hastaya refakat, sportif amaçlı ikamet metne eklenmeli ve yineleme olan sığınmacı metinden çıkarılmalıdır.

2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestce Yapabilmelerine dair yasa, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hk. Yasa, 29.08.2003 tarihli Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Personel İstihdamı Hk. Yönetmelik hükümlerine göre verilen süresiz veya beş yılı aşan süreli çalışma izinleri, “oturma belgesi” hakkında 5683 sayılı yasa hükümleriyle getirilen süre sınırlamalarını değiştirmezler. TVY Md. 15/1’in « Bir yabancı için ikamet, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye’de oturmaktır» hükmü sayılan yasaları ve Medeni Yasayı kapsamaz. Bir yabancı için ikamet, 5683 sayılı yasaya uygun olarak alınan “oturma belgesi (ikamet tezkeresi) ne dayanarak Türkiye’de fiilen bulunmaktır.

TVY Md. 16 hükmünden tam zaman ikamet (full-time residence) arandığı açıktır. 5683 sayılı yasa Md. 9 uyarınca ikamet tezkeresini (oturma belgesini) 4 kez uzatarak Türkiye’de ikametine izin verdiği yabancının durumunu yasa düşünmemiştir. Önce, yabancıya, 5683 sayılı yasada bulunmayan Bağlı Yetki “ikamet tezkeresi” uygulaması getirilmelidir. Ayrıca, Bağlı Yetki Âdi Telsik’ten daha da ileri giderek, 20 yıl süreyle yasal oturma belgesine ve sürekli çalışma izine dayanarak Türkiye’de bulunan yabancıya Otomatik Telsik hakkı tanınması da düşünülebilir. Otomatik Telsik, Bağlı Yetki Âdi Telsik’ten daha Yabancı Yurttaş lehinedir. Bağlı Yetki Âdi Telsik’de Bakan’ın yetkisi koşulların varlığını denetleme hakkıyla sınırlıdır. Otomatik Telsik, koşullar gerçekleştiğinde ilgilinin başvurusu üzerine, Bakan’ın şartların varlığı denetimi aranmadan da yabancının vatandaşlık kazanması olasılığı üzerinde düşünülmelidir. Henüz Telsik alanında Bağlı Yetki’yi kabul etmemiş TVY’nin Otomatik Telsik’e yer vereceği sanılmaz.

TVYY Md. 17/1-g ve ğ fıkralarının gösterdiği üzere beş yıllık ikamet Âdi Telsik için yeterli değildir. Geriye doğru beş yıllık ikamete ve ileriye doğru Telsik işleminin sonuçlandırılmasına yetecek kadar süreli ikamet

tezkeresi aranır. Telsik işlemlerinin sonuçlanmasının ağır işleyen bürokrasi göz önüne alınırsa çoğu kez bir yılı aştığı bilinen geçektir.

TVY Md. 11/1-b fıkrasının Telsik için aradığı beş yıllık süre göstermelidir. İkamet müsaadesi süresi (5683 sayılı yasa Md.8) + beş yıllık Telsik başvuru süresi (TVY Md. 11/1-b) + başvurudan sonra Telsik işleminin sonuçlanması süresi toplamı genel olarak 8 yılı aşar. Bu uygulama, Telsikin biri hakkaniyete hizmet, diğeri kan ve toprak esaslarının yarattığı aksaklıkları gidermek ve üçüncüsü bireyin istencine Vatandaşlık Hukuku alanında geçerlik tanımak olan ilkeleriyle çelişir.

Yabancınnın ülkede ikamet hakkını ve oturma nedenini oturma belgesi (ikamet tezkeresi) ve bu belgeye düşülen meşruhat gösterir. (Karş. TVYY Md. 18/1-c). TVYY Md. 3/1-ü hükmü, altı ayı aşan bir süre Türkiye’de kalan yabancıya onbir rakkamdan oluşan yabancı kimlik numarası da verilmesini ängörür. Yabancı kimlik numarası taşımayan oturma belgesi kimlik sayılmaz. Oturma belgesi, yabancı kimlik numarası yazılı olduğu halde Yabancı Yurttaş’lık statüsünün karinesi sayılmalıdır. Oturma belgesi yurda girme hakkı verir. Oturma belgesi, çalışma izninin süresi ve türü konularını göstermez. Oturma belgesi ve ikamet tezkeresi 5683 sayılı yasa Md. 9’a göre kişiseldir. Ancak eş ve 18 yaşından küçük çocukları da kapsadığı halde ortak oturma belgesi (müşterek ikamet tezkeresi verilir). Ortak oturma iznimde yazılı kişilere de yabancı kimlik numarası verilmesi gerekir.

## **2.Toplumsal Bağ veya Toplumsal değginlik (aidiyet)**

Toplumsal değginlik (aidiyet) soy ve din çağrışımını getirir. Âdi Telsik’de yapılacak işlemler ve uygulanacak esasları düzenleyen TVYY Md. 19/2 yabancınnın soy durumunu inceleme ölçütü olarak görür. Yabancınnın geldiğı bölge ve ana veya babanın soyu esas alınarak “ Türk soylu, yabancı soylu veya soyu saptanamayan” biçimindeki bir ayırımı uygulanacak esaslardan saymıştır. Lahey Adalet Divanı’nın içtihadında belirttiğı üzere Toplumsal Bağ’ın soy ve din ile ilgisi olduğu dönemler geride kalmıştır. Toplumsal Bağ, birlikte var olmak, beraber yaşamak, ortak çıkar ile ilgi ve duygu dayanışması temelleri üzerinde gerçekleşir. (Bkz. Unat, Notteboom kararı ve tâbiyetin gerçekliğı ilkesi, Ankara 1968, s.21). Toplumsal Bağ, ayrı din, mezhep ve soydan insanları bir ulus haline getirme ve milletten ulusa geçme aracıdır.

Birleşmiş Milletlerin 1989 tarihli Vatandaş Olmayan Yurttaşlar (Yabancı Yurttaşlar) hakkındaki Bildirgesi ( U.N. Declaration on the Human Rights of Individuals who are not Nationals of the Country in which they



Live- kısaca vatandaş olmayan yurttaşlar Bildirgesi) Md. 7'ye göre ırk, din, kültür, soy bağı veya etnik köken nedenleriyle ülkede mukim yabancı yurtdışı edilemez. Sayılan nedenler dışında bir nedenle yurtdışı edilme kararına karşı yabancının yurtdışına çıkarılmaması gerektiğine ilişkin nedenleri bildirme hakkı (to submit the reasons why he or she should not be expelled) vardır. Hüküm yurt dışı edilme koşullarının Bağlı Yetki olduğu yolunda yoruma açıktır. Yabancı Yurttaşın durumunu güçlendiricidir.

Toplumsal bağ, değişik din, mezhep ve soydan insanların bir bütünlük oluşturarak uluslararası hukukun süjesi devleti oluşturmalarıdır. . Toplumsal bağdan amaç yabancının asimilasyonu olmayıp entegrasyonudur. TVYY (Türk Vatandaşlığı Yasası Uygulama Yönetmeliği- Md. 19/2 entegrasyon fikriyle bağdaşmaz.). Entegrasyon Telsik isteminde bulunan yabancının kişiliğini, alışkanlıklarını, inancını terk etmesi anlamını taşımaz. Birleşmiş Milletlerin Vatandaş olmayan Yurttaşlar Hk. Bildirgesi Md. 5/1-f fıkrası hükmüne göre, yabancı dilini, kültürünü ve geleneklerini koruma hakkına sahiptir. (The right to retain their language, culture and tradition).

Vatandaşlık isteminde bulunan yabancı yurttaş Türk toplumunun örfü âdetini, inancını ve duyarlıklarını anlayışla karşılamalı, toplumla uyum içinde yaşama çabası içinde olmalıdır. (Karş. TVYY. Md. 15/1-d ile). TVY Md. 11/1-d hükmünde yer alan “iyi ahlâk sahibi olmak” toplum değerlerine aykırı kötü davranışları da kapsar. Bu tür belirsiz kavramların aşırı yorumlanması halinde, Ramazan ayında alkollü içki ve sigara içen Telsik bavrusu yapmış yabancının istemini yadsımak gerekebilir. /Ayrıca Krş. TVYY Md. 28/1-b ile). TVYY Md. 28/1-a hükmünden kıyasen evlilik içinde yaşayanların ahlâklı olduğu sonucu dahi çıkarılabilir.

Ülkede mukim tüm kişilerin, vatandaş ve oturma belgesine dayanarak Yabancı Yurttaş statüsünde olan bireylerin toplumsal bağlılığı (aidiyeti) konusunu saptamak üzere iki ayrı görüş bulunmaktadır. Klasik anlayışa (Classic conception veya civic republican-temel hakları içeren cumhuriyete) göre, kamusal hizmet, görev ve etkinlikler ile siyasi yaşama katılmak veya taraf olmak ülkede yaşayan, vatandaş yabancı herkesin hakkıdır. Siyasi iktidarın, ülkede yaşayan insanlar üzerindeki baskısını ve etkinliğini azaltma ve insan hak ve özgürlükleri kısıtlamasını önlemek amacıyla toplumsal ortam yaratmaya aktif katılma hakkı, ülkedeki yabancılar dahil herkese tanınmıştır. Aktif çabalar sonucunda elde edilen haklardan, çabalara katılmamış olan pasif insanlar ve yabancılar da (free rider) yararlanırlar. (Heater, D., A Brief History of Citizenship, New York University Press 2004, s. 53 vd., 157 vd.). Siyasi etkinliklere katılma hakkı, yalnız Yabancı Yurttaşlara değil ülkedeki tüm yerleşik yabancılar da tanınmalıdır.

Liberal bireysel (Liberal-individual) anlayışa göre, devlet vatandaş ve/veya yabancının, ülkedeki tüm insanların ekonomik yaratıcı gücüyle mal

üretimi çabasıyla oluşan bir ekonomik yapı (piyasa)dır. Toplumun oluşturduğu ekonomik yapı içerisinde her birey (yabancı dahil) bağımsız bir varlık (autonomous being)tir. Ekonomik bütüne dahil her birey vergi ödemek, yasalara uymak, ticari ve hukuki işlem yapmak ve ülke savunmasına fiilen veya maddi katılmakla yükümlüdür. (Heater, age., s. 49-53; Ayrıca Weber, M. Citizenship in Ancient and Medieval Cities, Minneapolis 1998; Vincent, A., Nationalism and Particularity, Cambridge, New York, 2002). Toplumun ekonomik gelişmesine katılan, piyasanın üyesi ve vergi yükümlüsü olan ülkede yerleşik yabancıların siyasi hakkı, siyasi etkinlikler dahil, olmamalıdır.

Ülke çoğunluğu, “yabancı yurttaşlar” dahil, liberal-bireysel anlayışa uygun yaşamlarını sürdürürler, fakat klasik anlayışa uygun yaşam biçiminin özlemini çekerek. TVY Md. 11/1-c-ç-d-f ile TVYY Md. Md. 18/1-c-ç-d-e-f ve Md. 17/1-f hükümlerinden çıkarılabilecek sonuç Toplumsal Bağlılık alanında liberal bireysel anlayışın benimsendiğidir. 29.08.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hk Yasa Md. 6 ve 7 hükümleri ile 25 Eylül 1981 günlü ve 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve San’atlarını Serbestçe Yapabilmeleri Hk. Yasa Md. 2 vd. hükümlerinden de aynı sonuç edinilebilir.

Toplumsal Bağlılık nişanesi olarak kabul edilen konulardan birisi de ad ve soyadı değişimidir. Konuya ilişkin olarak Fransa’nın 1993 tarihinde değiştirilmiş 26 Ekim 1972 günlü Soyadları ve Adların Fransızlaştırılması Hk. Yasa (Loi Relative à la Francisation des Noms et des Prénoms) örnektir. Ad değişikliği Telsik işlemiyle birlikte (Mf. 8) veya Telsik işleminden sonra bir yıl içerisinde (Md. 9) yapılmalıdır. Ad değiştirmeye ve konan ada karşı iki ay içerisinde itiraz hakkı vardır. (Md. 11) Telsikten önceki ad Fransızcaya çevrilebilir veya benzetme yoluyla Fransızca ad alınabilir veyahut Telsikten önceki ad içerisinde bulunan heceler birleştirilerek Fransızcaya yakın yeni bir isim yapılabilir (Md. 2,3) Anne veya babanın Telsik’i nedeniyle Fransız olacak çocukların da adları değiştirilebilir (Md. 4). Ad değişikliği asimilasyonu hatıra getirir.

### **3. Âdi Telsik’in hüküm ve sonuçları**

TVY Md. 20 ile TVYY Md. 36 , ve 38’de Âdi Telsik’in hüküm ve sonuçları düzenlenmiştir. Telsik bireyseldir ilkesine bağlı kalan yasa eşin Türk vatandaşı olmasını öngörmemiştir. Yabancıların Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte velâyeti kendisinde bulunan çocukların Türk vatandaşlığını kazanmaları eşin onayına bağlıdır. İhtilâf halinde mahkeme sorunu çözümler.

5683 sayılı Yabancıların İkamet ve Seyahatları Yasası Md. 9 uyarınca « Ortak Oturma Belgesi» (Müşterek İkamet Tezkeresi) olarak birlikte oturan eşlerden birisinin Telsik'i halinde diğer eşe Otomatik Telsik yolunun öngörülmemesine katılamaz. Ortak Oturma Belgesi uygulamasına dayanarak aile üyelerine özgü Ortak Telsik yöntemi de getirilebilir. Ortak Telsik, İskân Yasasındaki toplu göçten ayrıktır.

Yürüldükten kaldırılmış olan 403 sayılı TVY yasasını, yabancı kadının Türk erkeğiyle evlenmesi halinde getirdiği Otomatik Telsik calî evlilik riskini beraberinde getirmiştir. (Karş. 11.2.1964 kabul günlü ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Md. 5 ve 42 ile). Riski önlemek üzere 5901 sayılı TVY Md. 16 hükmü getirilmiştir. Calî evliliği önlemenin yollarından birisi de vatandaşlığın geri alınmasıdır.

Evli olmayan farklı cinslerin arkadaşlığı (unmarried heterosexual companion) veya evli olmayan çiftler (unmarried partner) veyahut eşcinsel çiftlerin ( Bkz. civil partnership Act, 2004) konularında Telsik Türk Varandaşlık Hukukunun dışladığı konulardır. Aralarında resmi nikâh bulunmadan aile birliği içerisinde yaşayan çiftlerin Telsik'ten etkilenişi üzerinde durulabilir. Nikâhsız birliklere dahi TVY Md. 16/1 hükmü kıyasen uygulanabilmelidir.

### **IX. KOLAYLAŞTIRILMIŞ (veya KOLAY) TELSİK**

Kolaylaştırılmış Telsik (simplified naturalization- citizneship leight),l Âdi Telsik'in masraflı, emek isteyen ve formalist düzenini esnek kılmak üzere oluşturulmuştur. Takdiri Yetki'ye tâbi Kolaylaştırılmış Telsik halinde, Âdi Telsik yolundan yararlanamayan, ülkeyle veya bir ülke vatandaşıyla ilgili bir işlem veya ilişki buluna yabancıların Telsiki esastır. Aranacak koşullar işlem veya ilişkinin hukuki nietliğine göre değişir. Âdi Telsik'te geçerli beş yıllık ikamet koşulu aynen aranmaz

Koşulların düzenelenen konuya göre değiştiğine bir örnek Türk Vatandaşı ile evlenmedir. Bu halde, Âdi Telsik'de aranan 12 koşuldan, milli güvenlik ve kamu düzeni engeli hariç hiçbirisi aranmamıştır. (Bkz. TVY Md. 16/1 ; TVYY Md. 17/1). Örneğin, Türkle evli yabancıda dil bilgisi, topluma uyum sağlama ve geçimini yeterli kazanç koşullarına yer verilmemiştir. Öğrenim süresi, Telsik başvurusundan sonraki süreler, takdiren dahil edilebilmelidir. (TVYY Md. 16/2-c farklı düzenler).

Ülkede ikamet, Kolaylaştırılmış Telsik'in göreceli koşuludur. Âdi Telsik'teki beş yıllık ikamet süresi yerine daha kısa süreler öngörülebilir. Fiilen ikamet koşulu aranmaksızın Kolaylaştırılmış Telsik hali, örneğin evlat edinme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında vardır. (TVY Md. 17/1).

Ergin olmayan evlatlığın « milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel oluşturacak bir hali bulunmaması » koşulunu anlamak güçtür.(TVY Md. 17/1).

Evlâd edinilenin vatandaşlığı konusunda Bakanlık yetkisinde direktmenin yerindeliği de kuşkuludur. Soy bağının kurulmasına karar veren Aile Mahkemesi veya Asliye Mahkemesine evlad edinilenin vatandaşlığı konusunda da yetki tanınması düşünülebilir. Vatandaşlık kazanmanın, çocuk lehine bir düzenleme olacağı konusunu yargı, ilişkinin tümünü göz önüne alarak idareden daha iyi çözümlenebilir.

TVY Md. 13'de ise, süre aranmayan fiilen ikamet gereklidir. Fiilen ikamet « ikamet tezkeresi » gerekmeden pasaport kayıtlarına dayanarak saptanması olasıdır. Md. 13 hükmünün ülkede oturmadan vatandaşlık kazanma olasılığı getirdiği yorumu, hükmün amacını ve lâfzını aşar nitelikte saymalıdır. Kolaylaştırılmış Telsik, fiilen ülkede oturan fakat beş yıllık ikamet süresine bağlı olmayan hallere özgüdür.

Ülkede oturmadan vatandaşlık kazanma, yerinde olmasa da 12/1-b bendinde yer alan « zaruri görülen kişiler » açısından ve Fevkalkâde Telsik alanında geçerli olabilir. Ülkede oturmadan vatandaşlık kazanma, Tam Vatandaşlığın fiili yurttaşlık ögesinin noksanlığı anlamını taşır. Yasa koyucunun egemenlik hakkına dayanarak yaptığı yasayla vatandaşlık kavramının temel öğelerini ve ilkeleerini yok sayma hakkı olmamalıdır. Ülkede bulunmayanın Telsik'i, ABD hukukunun " Formalite Yurttaşlık" veya "Pasaport Yurttaşlığı" uygulamasında bulunur.

TVY Md. 11'in aradığı koşulların yerine getirmenin Bağlı Yetki kapsamında görülmemesi, 5683 sayılı yasaya göre Bağlı Yetki ikamet hakkının bulunmaması ve idari işleme karşı yargı yolunun kapatılması (TVY Md.10/1) nedenleriyle TVY Md. 11 düzenlemesi Âdi Telsik değil Kolaylaştırılmış Telsik olarak kabul edilmelidir. Vatandaşlık başvurusunda bulunan "bir yabancı, bu yasada belirtilen koşulları taşıması halinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir. Ancak, aranan koşulları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye salt bir hak sağlamaz ". (TVY Md. 10/1). Ayırimsız tüm tüm müktesep vatandaşlık hallei Takdiri Yetkiye tâbidir.

Kolaylaştırılmış Telsik'in önem kazanmasında yeri olan ve TVY'de yer almayan bazı örnekler değinilecektir.. (Değişik örnekler için bz.. Waldbruch, Acquisition of Natiomnality, Vol. 1, s - Acquisition and Loss of Nationality, Baubock,R.-Ersboll,E.- Groehendjik,K.-Waldbruch,H. , 2 Vol. Amsterdam University 2006; s.48 vd.). İlk örnek, ABD hukukunda uygulanan soy bağı ile kazanma (acquisition by descend) yoludur. ( Bkz.

Title 8 U.S.C. §§ 1412,1420, 1431-1433).. ABD vatandaşlarının ülke dışında doğan çocukları yabancı sayılırlar. ABD vatandaşlarının ülke dışında doğan çocuklarının ülkede mukim olmayan ana ve babaya nispetle vatandaşlık (derivative citizenship through parents) kazanamamaları takdirinde, ülkede ikamet eden büyük büyükanne ve/veya babadan ABD vatandaşlığını kazanmaları (derivative citizenship through garndparents)halidir.

ABD Vatandaşlık Hukukunda kolaylaştırılmış veya ayrıcalıklı Telsik (privileged naturalization) olarak adlandırılan bir diğer yöntem de gönüllü olarak silâhlı kuvvetlere katılmadır. (Titel 8 U.S.C. -United States Code of Classifacation- §§1430-1440). Savaş halinde silâhlı kuvvetlere gönüllü olarak katılma halinde süre aranmadan Telsik yapılabilmektedir. Gönüllü olarak katılmanın ülke dışında gerçekleşmesiyle ülkede gerçekleşmesi arasında, işlemler yönünden ayrışma olabilir. Ayrıca, gönüllü katılman kuvvetin de Telsik işleminde etkisi vardır. Örneğin Deniz Kuvvetlerine gönüllü katılma denizaşırı bir ülkede olması halinde Telsik işlemlerinin kısmen de olsa olasıdır.

Kolaylaştırılmış Telsik alanındaki bir diğer önemli örnek İngiltere'nin , Commonwealth yurttaşlarını ikiye ayırmasından doğar.( Bkz. 1948 British Nationmality Act). Birinci sırada Birleşik Krallık ve Koloniler vatandaşlığı (Citizenship of the United Kingdom and Colonies), arkasından Commonwealth üyesi bağımsız ülkeler vatandaşlığı (Citizenship of independent Commonwealth coutries) gelir. Her iki halde de Commonwealth yurttaşları Kral veya Kraliçenin tebaası olmayı sürdürürler. 2002 ve 2009'da değişikliklere uğramış olan 1981 tarihli Britanya Vatandaşlık Yasası Commonwealth yurttaşlarından Bölüm 1, Kısım 4'de Kolaylaştırılmış Telsik (Acquisition by registration) yoluyla koloni tebaasının Britanya vatandaşlığını kazanma yollarını ayrıntılı olarak hükme bağlamıştır. Bölüm II, Kısım 17'de Kolaylaştırılmış Telsik yoluyla Denizaşırı topraklar yurttaşlarının Britanya vatandaşlığını kazanmasını düzenler. ( Ayrıca bkz. Bölüm III, Sec. 27'de tescil yoluyla Britanya vatandaşlığı düzenlemesine).. Kolaylaştırılmış Telsik yalnız İngiliz Milletler topluluğu yurttaşlarına tanınmış olsada öğreticidir.

Hollanda ülkede sürekli ikamete dayanarak getirdiği Kolaylaştırılmış Telsik kapsamına giren halleri İngiltere'den daha geniş tutmuş ve yabancılar arasında ayırım yapmadan her yabancıya tanımıştır. 2010 tarihli Vatandaşlık Hakkında Kraliyet Yasası veya Dutch Nationality Act, Başlık 6'da Kolaylaştırılmış Telsik ve Başlık 4'de takdir hakkına dayalı Telsik (the grant of Netherlands nationality) düzenlenmiştir. Belirtilen Yasa Md. 6/1 Kolaylaştırılmış Telsik hakkının tanındığı haller tek tek sayılmıştır. Sürekli ikamet koşulunu yerine getirerek vatandaşlığın kazama haline ilişkin ilginç

bir örneğe yer verilecektir. Yasa Md.- 6/1.-h bendine göre 65 yaşına ulaşmış kişi son 15 yıl sürekli ülkede ikamet etmiş olduğu halde sicile vatandaş olarak tescil edilir. Konuyla ilgili bir diğer örnekte Avusturya Vatandaşlık Yasası Md. 12/a 'nin ülkede 30 yıl sürekli ikamet halinde tanıdığı kolaylaştırılmış Telsik hali de sayılabilir. Ülkede sürekli 15 yıl veya 30 yıl vayahut Belçika'nın kabul ettiği gibi 8 yıl devletin izniyle ülkede sürekli ikamet etmiş yabancıyı devletin yurt dışına çıkarılması dahi güçtür. ( Karş. Birleşmiş Milletler vatandaş olmayan yurttaşlar hk. Bildirgesi Md. 7 ile).

TVY Md. 14'deki ikamet şartına bağlı olarak yeniden Türk vatandaşlığının edinilmesi, Md.16'daki evlenme yoluyla Türk vatandaş olunması, Md. 20/3'de birlikte işlem görmeyen çocuklar düzenlemesi, Md. 17'deki Türk vatandaşlığının evlat edinme ile kazanılması Kolaylaştırılmış Telsik kapsamına giren konulardır. (Yapılacak işlemler ve başvuru makamları hk. bkz. TVYY Md. 35 ile.). Özelliği olmayan düzenlemeler ilişkin iki noktaya değinilecektir. Evli olmayan (unmarried) fakat aile birliği içerisinde yaşayan ve ikisi de yabancı devlet vatandaşı olan çiftlerden birisinin Telsik'inin diğerine etkisi de kolaylaştırılmış düzenlemeye tâbi tutulması hususu düzenlenmemiştir. Birlikte çiftlerden birisinin Türk olması halinde Türk olmayanın vatandaşlık durumunda ele alınmalıdır. İkinci nokta, üvey anne veya babanın Telsik'inin üvey evlâdın vatandaşlığına etkisi de hükme bağlanmamıştır.

## X. FEVKALÂDE TELSİK

Takdiri Yetki noktasında Kolaylaştırıcı Telsik ile birleşen, fakat ülkede ikamet konusunda ondan ayrılan Fevkalâde Telsik ile Âdi Telsik arasında ortak nokta bulunmaz. Bu saptama, Âdi Telsik alanında Bağlı Yetki'nin TVY'de kabulü halinde geçerlidir. 5901 sayılı TVY'nin, 1860 tarihli TON Md. 3 ve 4'ün tüm Telsik türlerini Takdiri Yetkiye tâbi tutan düzenlemesinden ileri olduğu söylenemez.

Âdi Telsik, Kolaylaştırıcı Telsik ve Fevkalâde Telsik üçlüsü yerine, farklı bir ikili ayırma da yer verilebilir. Bağlı Yetki Telsik (Âdi Telsik-Anspruchseinbürgerung) ve Takdiri Yetki Telsik (Fevkalâde Telsik-Kolaylaştırılmış Telsik-Ermessungseinbürgerung) Alman Hukukunun ayırımıdır. İkamete dayalı yurttaşlık ve toplumsal değginlik öğeleri, Kolaylaştırıcı Telsik ile Fevkalâde Telsiki birbirinden ayırır. Fevkalâde Telsik koşulsuz takdiri, fakat Kolaylaştırıcı Telsik koşullu takdiridir. Yasada gösterilen koşulları yerine getirmenin başvuru sahibi yabancı lehine hak (Rechtsanspruch) ihdas etmeyen Kolaylaştırıcı Telsik, Âdi Telsik ile Fevkalâde Telsik'in ortasındadır. Üçlü ayırımın anlaşılması ve düzenlenmesi daha kolaydır.

Fevkalâde Telsik “isteyen yabancı hakkında Bakanlığın yazılı talimatı üzerine” dosya hazırlanır. ( TVYY Md. 20/2). Dosyada, yabancının form dilekçesi, yabancı vatandaşlık belgesi, medeni halini, kimliğini, varsa Türk vatandaşı birinci ve ikinci derece yakınlarının nüfus kayıt örneği ile harç makbuzu bulunur. Yönetmelik Md. 20 hükmü, TVY Md. 12/1-a’da öngörülen ilgili Bakanlığın teklif yazısının dosyaya koyulmasını unutmış olmalıdır.

TVY Md. 20’ye göre hazırlanacak dosya’da belirtilen belgelerin bulunması vatandaşlığı kazanmada aranan zorunlu koşullar değildir. TVY Md. 12/1-a’nin Fevkalâde Telsik’ten yararlanacak kişiler arasında “Türkiye’ye sanayi tesisleri getiren”yabancılar da yer almaktadır. Örneğin, Turizm endüstrisinin tesisi otel olduğuna düşünülürse, otel yaptırma Fevkalâde Telsik nedeni olabilecektir. TVY Md. 12/-a-b hükmünün hukuki kavram niteliğinden uzak belirsiz terimler sayması yerinde görülemez.

Fevkalâde Telsik, Vatandaşlık Hukuk’unun toplumsal yararını önde tutan kurumudur. Âdi ve Kolaylaştırılmış Telsik bireysel çıkarı, vatandaşlığı kaybettirme ulusal güvenlik ve kamu düzenini korumaya, Fevkalâde Telsik ise toplumsal refaha, kalkınmaya, gelişmeye hizmete yöneliktir. Toplumsal varlığın gelişerek sürdürülmesine yardımcı olacağına inanılan kişiler, kamu yararı nedeniyle Fevkalade Telsik hakkından yararlandırılırlar..TVY Md. 12/1-a-b birleştirilerek bir hüküm haline getirilmeli ve “Vatandaşlığa alınmaları kamu yararı nedeniyle gerekli görülenler “ biçimini almalıdır. (Karş. TON Md.4).

Fevkalâde Telsik, TVY Md. 12/1-b yorumu yoluyla ülkede sürekli ikameti zorunlu olmayan yabancıları da kapsayan bir yöntem olarak, istisnai hallerde düşünülebilir. Ülkede ikamet etmeyen yabancı kişiye verilen vatandaşlık, yurttaşlık ve toplumsal değginlik koşullarını yerine getirmediğinden Göstermelik Vatandaşlık’tır. Onursal Vatandaşlık da bu sınıfa girer. Göstermelik Vatandaşlık halinde “zaruri görülme” koşulunun sona ermesiyle vatandaşlık geri alınabilmeli yolu yasayla açılmalı (Karş. TVY Md. 31/1) veya vatandaşlık kaybettirilebilmelidir (TVY Md.29/1). (TVY Md. 31 hükmü, İdare Hukuku esaslarına göre iptal değil geri alma işlemidir.). Seçilecek yönetime uygun hüküm ilgili maddeye konulmalıdır

Yasa, Müktesep Vatandaşlığı düzenleyen maddelerinde “millî güvenlik ve kamu düzeni” engeline yer verilmektedir. (Ayrıca bkz. TVYY Md. 35/2). Yetkili makamın takdir hakkını kullanırken “ulusal güvenliği ve kamu düzenini” göz önüne alması esasen asli görevidir. Yasa hükmüyle yetkili makama sürekli görevini anımsatmanın gereği yoktur. Müktesep Vatandaşlığın her halinde sürekli milli güvenlik ve kamu düzeni engelini

getirmek yasada aranan liberal niteliği de zedeler. Milli güvenlik ve kamu düzeni engeli ülkede ikamet etmeyen yabancıların vatandaşlık kazanmasında özel bir yere sahip olabilir. Konuya ilişkin Md. 13/1 ise kamu düzeni engelini, özel bir amaç yoksa unutmuş görünmektedir.

Meddenin 12/1-c bendinin Vatandaşlık Yasasında yer almasının gerekliliği üzerinde düşünülmelidir. Türkiye'ye, Konsoloslukun göçmen vizesiyle göçen ve İskân Yasasının Bağlı Yetki hükümleri uyarınca Göçmen Belgesi alan Türk soylu yabancı lehine hak doğmuştur. Vatandaşlığa alınma hakkı, hakkı ihdas eden İskân Yasası gereğidir. Konunun TVY'de yer almasına yetki yönünden de gerek yoktur. Bakanlar Kurulu Bağlı Yetki ilkesine uymak durumundadır.

Maddenin c bendinin yeri, Türk soylu göçmenin vatandaşlığı herhalde TVY kapsamına alınmak isteniyorsa Kolaylaştırılmış Telsik olmalıdır. TVY Md. 12/1-c bendinde yer alan « c) göçmen olarak kabul edilen kişiler» ibaresinin anlamı 19.09.2006 gün ve 5543 sayılı İskân Yasası hükümlerine göre . « Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu kanun gereğince kabul olunanlar» göçmendir. (İY Md. 3/1-d). Amir hüküm karşısında TVY'ye gerek kalmaz.. İY Md. 7 göçmenin Türk soyundan sayılması ve Türk kültürüne bağlılığını gösterme ve saptama « ilgili Bakanlıkların görüşleri alınarak Dışişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile yapılır ». Göçmenlik başvuru sahibinin Türkiye'ye gelmesi, Dışişleri ve İçişleri Bakanlıklarının uygun görmesi halinde kendilerine « göçmen vizesi verilir, » (İY Md. 5/1).

Yabancıların göçmen sayılması, ancak Türk soyundan olması ve Türk kültürüne bağlılığı halinde olasıdır. Sınır dışı edilmiş olanlar ve güvenlik yönünden Türkiye'ye gelmeleri sakıncalı görülenler göçmen kabul edilmezler. . (5543 sayılı İY Md., 4/1). TVY'nin, sonradan vatandaşlık kazanmaya ilişkin hemen her meddesinde yinelediği milli güvenlik ve kamu düzeni denetimi göçmen yönünden esasen yapılmıştır.

Göçmen Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra İskân Yasası Md. 8/3'e göre « Vatandaşlığa girme Beyannamesi» imzalayarak» Göçmen Belgesi» almak zorundadır. İki yıl geçerlik süresi olan Göçmen Belgesi geçici kimlik belgesi kabul edilebilir..Tüm düzenleme Bağlı Yetki halinin örneğidir. İY öngördüğü koşulları yerine getiren Türk soylu yabancıya Göçmen Belgesi verildiği anda ilgilisi lehine Telsik hakkının doğduğu sonucu açıktır.

İskân Yasası'na göre kendilerine göçmen statüsü tanınanlar « gerekli işlemlerin, ilgili kuruluşlarca tamamlanmasından sonra Bakanlar Kurulu kararıyla vatandaşlığa alınırlar. ». (İY Md. 5/4). İskân Yasası'nın koşullarını yerine getiren, Göçmen Vizesi ve Göçmen Belgesi alan Türk soylu yabancıyı, Bağlı Yetki ilkesi uyarınca vatandaşlığa almak durumundadır.



Bağlı Yetki hallerinde Bakanlar Kurulu'na yetki tanımayı, Cumhuriyetin ilk yıllarında karşılaşılan toplu göç olayları ve ahali mübadelesi gerçekleri haklı gösterebilir. Bakanlar Kurulu sadece yasal koşulların bulunup bulunmadığına bakmakla yetkilidir. Bağlı Yetki uyarınca vatandaşlığa alınma, göçmenliği Âdi Telsik'in bir türü yapar.

İskân Yasası'nın Bağlı Yetki düzenlemesini TVY Takdir yetkisine çevirmiştir. TVY Md 12/1 ilk tümce hükmüne göre, « ...Bakanlığın, önerisi, Bakanlar Kurulu'nun kararı ile aşağıda belirtilen yabacılar (göçmenler) Türk vatandaşlığını kazanabilirler. ». İskân Yasasından ayrılan TVY hükmüne göre, Türk soylu göçmen yeniden millî güvenlik ve kamu düzeni engeliyle karşı karşıyadır. TVY hükmüne fiilen de katılmak olanaksızdır.

Takdir Yetkisi'nin geçerliği kabul edilmesi halinde dahi TVY Md. 12/1-c hükmü yerinde değildir. Bu halde, göçmenin vatandaşlığa alınma işleminin yeri, Bağlı Yetki'ye tâbi Âdi Telsik olmalıdır. Bakanlar Kurulu'nun, Fevkalâde Telsik kararı alması için, uzun, yorucu ve masraflı göçmen vizesi, göçmen belgesine gerek yoktur. Kaldı ki, İY Md. 5 ve 8 Fevkalâde Telsik'r yatkı hükümler değildirlir.

Küçükler, baba ve analarına ve hattan « kan ve kayın hısımlarına bağlı tutulurlar ». « Kimsesiz gelen küçükler yaşlarına bakılmaksızın vatandaşlığa alınırlar ». (İY Md.5). TVY Md. 12 ve TVYY Md. 20 ve 21'den daha açık olan İskân Yasası hükümleri Otomatik Telsik örnekleridir. Özellikle kimsesiz gelen küçüklerle ilişkin amir hüküm karşısında, TVY Md. 10 hükmü geçerli olmamalıdır... Göçmenleri TVY'ye dahil etmenin amacı Md. 10 hükmünü uygulamak olmamalıdır. TVY Md.10/1 hükmünün Takdiri Yetki ilkesinin uygulama alanının daraltılmasının Türk Vatandaşlık Hukuku'nun gelişmesine katkı olacağı gerçektir.

TVY Md. 13/1 hükmü insanların hatalarından dönmelerini Kolaylaştırıcı Telsik yoludur. Diğer bir hatadan dönme yolunu açan TVY Md. 14 hükmü, ülkede üç yıllık ikamet süresi araması nedeniyle Kolaylaştırılmış Telsik konusu olmalıdır. (Bkz. TVYY Md. 35/3 ve 7). Ancak, doğru olan insanların hatalarından dönmelerini kolaylaştırıcı olan ve Takdiri Yetki kapsamına girmeyen düzenleme getirilmesidir. Her iki hüküm de Bağlı Yetki uygulamasını sağlayacak yeni düzenlemeye kavuşturulmalıdır.

TVY Md. 42 hükmünün Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlarını sonradan kazanmış olanlar ve önceki vatandaşlar ayırımına yer vermesini Vatandaşlık Hukuku'nun eşitlik ilkesine dayandırmak olanaksızdır. TVY Md. 42/1 hükmü, önceki Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Vatandaşlarına otomatik Telsik yolunu açtığı yorumuna elverişlidir. Bu yorum, TVYY Md.

35/10 karşısında geçersiz kalır. TVY Md. 42 kapsamındaki kişiler, ayırım yapılmaksızın « Bakanlık kararı ile vatandaşlığı kazanırlar ». Hüküm karşısında, TVY Md. 42'nin de Fevkalâde Telsik kapsamında düşünülmesi gerektiği sonucuna varılır.

## XI. YABANCI YURTTAŞ UYGULAMASI

Kadim kural, vatandaşlık ile yurttaşlık bir bütündür. Vatandaşlık yurttaşa münhasır (exclusive) dir. Vatandaş yurttaş (national citizen) veya Biat Hukukunda olduğu üzere tebaa yurttaş (subject citizen) olmayan kişi ülkeyi terk etmelidir. Genel ilkenin önde gelen tarihi istisnası "Denizen" ve Müstemem'dir. Denizen siyasi hakkı ve miras hakkı olmayan, ancak ülkede, yatırım yapması nedeniyle hükümdarın lütfuna dayanarak sürekli ikamet eden "Alien citizen" (yabancı yurttaş)dir.

Yabancı yurttaş, hükümdara sadakat ve itaatla bağlılığını gösterir, ayrıca özveriyle hizmet eder ve asimile olur ise tebaa yurttaş (Monarchs' subject) statüsüne ulaşır. Biat Hukukunda tâbiyetin sürekliliği ve münhasır olması nedenleriyle Telsik bulunmadığından Denizen berat sahibi statüsünü korur. Yeminle krala biat eden Denizen'in hakları ve yükümlülükleri berat'ında (letters patent'de) yazılıdır. Telsik'in öncüsü Denizen uygulaması tebaa olmayan yurttaş kavramını getirmiştir.

Müstemem, fikir olarak Common Law'un Denizen kurumuna koşuttur. Ahidnameli olmayan müstemem « Emân » alır ve cizye ödeyerek ülkede oturma hakkı elde eder. Denizen'in berat alabilmesi yatırım yapmasına bağlı olmasına karşılık müstemem'in yatırım yükümü yoktur. Bağlılık yemini ve berat Denizen'in, günümüz hukuku ile karşılaştırılırsa ikamet tezkeresi, çalışma izni ve kral'a bağlılığı gösteren yurttaşlık belgesidir. Müstemem'in, Denizen'e benzer bir statüs yoktur. Tek bağ, müstemem'in cizye ödediğine dair, var ise "Şer'iyye Kayıtları"dır. Denizen, din veya mezhep değiştirmeden zamanla tebaa olmuştur. Osmanlı Hukuku müstememe tebaa olmayan yurttaş statüsü veren özel bir düzenleme getirmemiştir.

Telsik, masraflı, bürokrasiye boğulmuş ve uzun süreli bir idari işlemdir. Telsik, en geç ikinci kuşaktan başlayarak yabancıların asimilasyonu anlamını taşır. TVYY Md. 19/f.2'de yer alan «yabancıların soy durumu, Türk kültürüne yakınlığı, örf ve âdet birlikteliği » ölçütleri başvuru sahibinin asimilasyona yakınlığının mülakât komisyonu tarafından incelenmesi gerektiği anlamını taşır. Hüküm, asimilasyona yatkın olmayan yabancı bireyin isteminin yadsınacağı yorumuna açıktır. Çağın gerisinde bir hüküm.

İşlemin güçlüklerini yenmek yolunda atılan adımlardan ilki Telsik türlerini arttırmak olmuştur. Kolay veya kolaylaştırılmış Telsik, takdiren

Telsik, otomatik Telsik önde gelen örneklerdir. Tüm kolaylıklar Telsik'in bir asimilasyon aracı olduğu yönündeki yargıları önleyememiştir. Telsik, çoğulcu, bütünleştiren ve millet yerine ulusu oluşturan bir kurum olarak, ancak lâik ülkeler tarafından algılanmıştır. Lâik rejimin uygulandığı devletler Telsik'in geniş uygulayıcısı olmuşlardır. Dinden arındırılmamış devletlerde Telsik uygulaması sınırlı kalmıştır.

Denizen'in, kendisi tarih ölsa da dayandığı ilke °vatandaş olmayan yurttaş° (yabancı yurttaş) çağa uyumlu olarak yeniden canlanmıştır. İşçi, toplumsal değginliğini bozmadan çalışmak amacıyla yabancı ülkelere geçici de olsa yerleşmeye başlamıştır. Yabancı işçi kabul eden ülkeler ülkede yerleşme niyeti olmayan insanların gereksinmelerini karşılayacak yöntem olarak °vatandaş olmayan yurttaş° kurumunu oluşturmuştur. Yabancı işçilerin hak ve yükümleri devletler arası ikili sözleşmelerle düzenlenmiştir. Denizen uygulamasının berat'ı (letters patent'i) yerini ikili sözleşmelere bırakmıştır. Yabancı kabul eden ABD, Avusturalya ikili anlaşmalar yerine kendi yasalarıyla konuyu düzenlemişlerdir. Denizen deyimini yerine Yabancı Yurttaş terimi kullanmıştır.

ABD Vatandaşlık Hukukunun 1952 tarihli Muhaceret ve Vatandaşlık Yasası "Alien citizen" kavramını yeniden daha da geliştirerek uygulamaya koymuştur. ABD "Yeşil Kart" (United States permanent resident card veya Alien registration card) uygulaması, İngiltere'nin "Indefinite leave to remain" ve "Indefinite leave to enter" uygulamaları °Yabancı Yurttaş" statüsünü getirmiştir. "Nation" tilciğinin değişik anlamlarından yararlanılarak, "Non-national citizen" deyiminin tıpkı çevirisi yapılması halinde "Milletten gayri yurttaş", "Millet dışı yurttaş", "Ulus ötesi yurttaş" vs. deyimleri kullanılabilir. Ancak tıpkı çeviri deyimlerin hukuki anlamı belirtmez ve terim karışıklığına yol açar. "Non-National citizen" veya "Yabancı Yurttaş" statüsü, yasalar uyarınca devletin düzenlediği belgeyle (ikamet tezkeresiyle ve/veya çalışma izniyle) sürekli yerleşik statüsü tanıdığı ve toplumsal uyumu gerçekleştirme niyetinin varlığını kabul ettiği yabancının, vatandaşlık verilmeden hükmen ve fiilen yurttaş kılınmasıdır.

5683 sayılı Yabancıların İkamet ve Seyahatları Hk. Yasa Md. 3'e göre, yabancı çalışmaya başlamadan önce oturma belgesi (ikamet tezkeresi) almak zorundadır. 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hk. Yasa Md. 6'ya göre, oturma belgesini alan ve «Türkiye'de en az sekiz yıl kanuni ve kesintisiz ikamet eden veya toplam altı yıllık kanuni çalışmış olan yabancılara iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler dikkate alınmaksızın ve belirli bir işletme ve meslek, mülki, coğrafi alanla sınırlandırılmaksızın süresiz çalışma izni verilir.».

5683 sayılı yasaya göre, Takdiri Yetkiyle 20 yıla kadar uzatılabilen oturma belgesi ve süresiz çalışma izni alan yabancı yurttaş Birleşmiş

Milletlerin 1989 tarihli Deklerasyonunda öngörülen temel hak ve özgürlüklerden yararlanır.

Yabancı Yurttaş ile Denizen ve müstemem arasında hukuki statü yönünden benzerlik bulmak abartma olur. Osmanlı Devletinin gayrimüslim tebaa (Türk dininden olmayan tebaa) hukuken zimmi Yabancı Yurttaş değildir. Ancak, uygulamada zimmi, toplumsal değginliği dine bağlamış ve kendisini yabancı yurttaş gibi görmüştür. Ülkede mukim Yabancı Yurttaş müstemem ile zimmi arasında hukukan var olan fark yaşanmamıştır. Osmanlıda,, nüfusun milletlere ayrılmış olması sonucunda, müstemem zimmi sınırını kesin hatlarıyla gösteren yeknasak bir Yabancı Yurttaş statüsü de yaratılamamıştır. 1860 TON düzenlemesi kağıt üzerinde kalmış ve zimmi'yi düştüğü Yabancı Yurttaş durumudan kurtaracak kayda değer filli bir değışikliğe yol açmamıştır. Günümüzde ülkede yerleşik gayrimüslim sayısının 1,5 % dolaylarında olması nedeniyle, Osmanlı'nın millet dizgesi ve müslim gayrimüslim ayırımı fiilen ve yasal düzenlemelerle hukuken önemini büyük ölçüde yitirmiştir. Türk Hukukunda halen Osmanlıda olduğu üzere Yabancı Yurttaş statüsünü düzenleyen yeknasak bir yasa yoktur.

Yabancı Yurttaşın hak ve yükümleri, günümüz Türk hukukunda vatandaşlık yasaları dışındaki yasalarla düzenlenmiştir. Vatandaşlık Hukuku kapsamında olan Yabancı Yurttaş sayılma koşulları ve bunun sonuçları özel hükümlerle vatandaşlık yasaları kapsamına alınmalıdır. . Günümüz Yabancı Yurttaş'ının devlete veya hükümdara bağlılık (biat) yemin yükümü yoktur. Yabancı Yurttaşlık statüsü bireyin istenci süresince geçerlidir. Birey lehine bir düzenlemedir. Denizen'in taşınmaz alma zorunluluğu Yabancı Yurttaş'a yüklenmemiştir. Yabancı Yurttaşın Temel Hak ve Özgürlüklerden vatandaş gibi yararlanması Birleşmiş Milletlerin 1898 tarihli Bildirgesinde hükme bağlanmıştır.

Âdi Telsik'e giden yolda önemli bir aşama olan Yabancı Yurttaş statüsünün işlerliği oturma (ikamet) konusunun iyi tasarlanmış olmasıyla ilgilidir..1. Salt oturma (yerleşme) hakkı (right of abode), 2. Bağlı Yetki usulüne tâbi süresiz (veya daimi) oturma hakkı, 3. Takdiri Yetki yöntemiyle verilen süresiz oturma hakkı, 4. Bağlı Yetki nedeniyle verilen süreli oturma, 5. Takdiri Yetkiyle verilen süreli oturma sıralanacak türlerdir. Aynı sıralama çalışma izni yönünden de geçerlidir. Örneğin, 4817 sayılı yasa Md. 6'ya göre verilen süresiz çalışma izni Takdiri Yetki'ye dayanır. 5683 sayılı yasaya göre düzenlenen ikamet tezkeresi de Takdiri Yetki halidir.

Vatandaşlık Hukuku'nda, Bağlı Yetki ve Takdiri Yetki uygulamalarının ve iki Yetki arasındaki ayrışma noktalarının istenen düzeyde olmaması nedeniyle yeni ikamet yöntemleri aranmıştır. Takdiri Yetkiye tâbi süresiz ikamet izninin geri alınması riski yabancı açısından önemli bir sakınca oluşturur. Bağlı yetkiye dayanarak verilen süresiz veya süreli oturma belgesi

(ikamet tezkeresi) idare tarafından takdiren geri alınamaması ilkesi henüz genel uygulamaya kavuşmamıştır.

Sakıncaları gidermek üzere yeni oluşturulan yöntemlerin başında "Salt Yerleşme Hakkı" (right of abode) gelir. Serbest ülkeye giriş-çıkış, oturma, yerleşme, çalışma, öğrenim haklarını veren Salt Yerleşme Hakkı 1981 Britanya Vatandaşlık Yasasında düzenlenmiştir. Örneğin, İrlanda Cumhuriyeti vatandaşı olmak İngiltere'de Salt Yerleşme Hakkını (right of abode) verir. Kuzeyliler Konseyi üyesi devletler vatandaşları fiilen salt yerleşme hakkını kullanabilirler. T.C. vatandaşlarının Kıbrıs'da veya KKTC vatandaşlarının salt yerleşme hakkına sahip oldukları kuşkuludur.

## XII. SONUÇ

25 Mayıs 2009 kabul günlü ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Yasası'nın Telsik düzenine katılmamıştır.

1. Telsik ve Çıkma konularında Bağlı Yetkiye hiç yer tanımadan Takdiri Yetki uygulaması hukuk devleti ve Vatandaşlık Hukuku'nun genel ilkeleriyle bağdaşmaz. Âdi Telsik halinde, Bağlı Yetki yoluyla vatandaşlık kazanılması genel kuraldır. Bakanlık, yasal koşulları taşıyan yabancıyı Âdi Telsik yoluyla vatandaşlığa almak durumundadır.

2. 19 Eylül 2006 tarih ve 5543 sayılı İskân Yasası Md. 5 ve 8/4'ün Bağlı Yetki yoluyla göçmene vatandaşlık verilmesi hükmü yerine TVY Md. 12/1-c hükmüyle Takdiri Yetkinin getirilmesi yerinde değildir. Göçmen vizesi alan, vatandaşlığa girme beyannamesi imzalayan ve kendisine idarece Göçmen Belgesi verilen Türk soylu yabancı lehine hak ihdas edilmiştir. Bakanlar Kurulunun yalnızca konsolosluk göçmen vizesinin, vatandaşlık beyannamesinin ve göçmen belgesinin dosyada varlığını saptama hakkı Bağlı Yetki gereğidir.

3. TVY'nin Kolaylaştırıcı Telsik türünü ayrı bir başlık altında düzenlemesi Telsik'in dizgisel yapısı gereğidir Bakanlığın Takdiri Yetki'si kapsamında olan Kolaylaştırılmış Telsik, Âdi Telsik'ten yararlanamayan Yabancı Yurttaşları, doğrudan veya dolaylı bir Türk ile soy ve aile ilişkisi olanları ve yargı kararıyla soy bağı kuranları kapsar.

4. TVY Md. 13'ün Bakanlar Kurulu Takdir Yetkisiyle bağlı Fevkalâde Telsik'in kapsamını düzenlemesi de kazuistiktir... Tâbiyeti Osmaniye Kanunnamesi Md. 4 hükmü Fevkalâde Telsik kavramının ereğine daha uygundur. Kamu yararı Fevkalâde Telsik hükmünün miyarı olmalıdır.

5. Vatandaşlık ile Yurttaşlığın herhalde örtüşdüğü kuralından hareket eden TVY düzenlemesi gerçeklerin gerisindedir... Vatandaş Olmayan

Yurttaş (Yabancı Yurttaş) ve Yurttaş Olmayan Vatandaş halleri Türkiye'nin gerçeğidir. Vatandaşlık ile Yurttaşlığın örtüşmediğı her iki hal de ayrıca hükme bağlanmalıdır.

6. Türk Hukuku'nun yabancıların ülkede ikametini tümünden Takdiri Yetki'ye tâbi tutan İkamet Tezkeresi düzenlemesi güncelleştirilmeli ve Bağlı Yetki'ye de yer verilmelidir. 5683 sayılı yasa'nın İkamet Tezkeresine ilişkin hükmü değıştirilmeli veyahut TVY Md. 15'de Âdi Telsik halinde Bağlı Yetki'yle uyumlu ikamet düzenlemesi getirilmelidir.

## TÜRK CEZA HUKUKUNDA HUKUKİ HATA

*Nurcan GÜNDÜZ\**

### Giriş

Ceza hukukunda hukukî hata konusu, ceza hukukunun kurumsallaştığı ilk dönemlerden bu yana tartışılan, önemli bir konudur<sup>1</sup>. Hukukî hatanın ceza hukuku teorisi içerisinde kusurluluğa etkileri ile ilgili tartışmalar ve “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” (*ignorantia legis non excusat*) ilkesinin devletlerin politik amaçları için kullanılması nedeniyle, hukukî hata her zaman önemini korumuştur.

İlk kanunlaştırmalardan bu yana, sosyo-ekonomik ihtiyaçların zaman içinde değişmesi, devletleri yeni yaşam koşullarına uygun suç ve cezalar yaratmaya yöneltmiş, bu durum, suç ve cezaların sayısını önemli ölçüde artırmıştır. Artık, yalnızca *tabii suçlar* denilen, hukuk kurallarıyla birlikte toplumun yaşantısına yön veren ahlâk kuralları, din kuralları gibi kurallar tarafından da kınanan suç tipleriyle karşı karşıya olmadığımız ortadadır. Bu durum, *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* ilkesinin sorgulanmasını da beraberinde getirmiştir. Şöyle ki, günümüzde hiç kimsenin bütün ceza kanunlarını ve kurallarını bilmesine imkân olmadığı ve kişilerin kanunları biliyormuş gibi kabul edilmesinin uygulamada adaletsiz sonuçlar yaratacağı kabul edilmelidir. Kişilerin kanunları biliyormuş gibi kabul edilmesi yalnızca adaletsiz sonuçlar doğuracağı için eleştirilmez. Böyle bir kabul, gerçekçi de olmayacaktır.

---

\*Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> Ceza hukukunda hukukî hatanın tarihçesi için bkz. Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I, İstanbul 1997, s. 193. (C. I); Ryu, K. Paul - Silving, Helen, “*Error Juris: A Comparative Study*”, The University of Chicago Law Review, C. 24, S. 3, İlkbahar 1957, s. 423-433 ; Keedy, R. Edwin, “*Ignorance and Mistake in the Criminal Law*”, The Harvard Law Review Association, C. 22, S. 2, Aralık 1908, s. 76-81; Erman, Sahir, “*Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma*”, İÜHF, C. XII, S. 2- 3, 1946, s. 511-517.

Türk ceza hukukunda, 765 s. TCK yürürlükteyken, Kanun'da ilkenin hiçbir istisnası yoktu. TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan kural mutlak olarak uygulanıyordu. Bu durum adaletsiz sonuçlara sebebiyet verdiği için doktrinde ve uygulamada, bir istisnanın gerekliliği tartışılmaya başlanmıştır. Yargıtay da 765 s. Kanun döneminde adaletin gerekleri doğrultusunda çeşitli yorumlar yaparak kuralın katılığı yumuşatmaya çalışmıştır.

5237 s. TCK, ilk halinde konuyu 4. maddesinde düzenlemekte idi. Kanunda yine aynı maddede 2. fıkra hükmü olarak failin, "*kaçınmayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmeyip meşru sanarak suç işlemesi*" halinde cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Bu hüküm, Kanun'un yürürlüğe girmesinden hemen sonra değiştirilerek 30. maddenin 4. fıkrasına alınmıştır. Bu hükme göre, "*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmayacaktır.*"

Hukukî hata konusu ile ilgili olarak Türk ceza hukuku doktrini ve uygulaması bakımından en çok tartışma yaratan konu da istisna ile ilgili bu değişiklik olmuştur. Doktrinde çeşitli yönleriyle şiddetle eleştirilen bu değişiklik, uygulamada da problem yaratması olası bir düzenlemedir<sup>2</sup>.

Doktrinde ve uygulamada, kanunu bilmemeye çeşitli isimler verildiği görülür. *Hukukî hata*, *kuralda hata*, *kural üzerinde hata* gibi çeşitli isimlerle ifade edilen hataya<sup>3</sup>, çalışmamızda terim birliğini sağlamak amacıyla hukukî hata demeyi uygun gördük. Bu doğrultuda, doktrinde kullanılan diğer terimler de hukukî hata olarak değiştirilerek çalışmamıza alınmıştır.

Çalışmamız beş ana kısımdan oluşmaktadır. Girişten sonraki birinci kısımda genel olarak hata kavramını açıklamaya çalıştık. Bu doğrultuda öncelikle hatanın ne olduğu, daha sonra da ceza hukukunda hata kavramı üzerinde durulmuştur. İkinci kısımda ise hukukî hata konusu ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmamasını açıklamaya yönelik görüşler, hukukî hatanın görünüm biçimleri ve hukukî hatanın mazeret sayıldığı haller bu kısımda incelenmiştir. Üçüncü bölüm hukukî

---

<sup>2</sup> Doktrinde çeşitli yönleri ile eleştirilen bu değişiklik ile ilgili olarak, bir görüş de düzenlemenin oldukça kısa ve başarılı bir şekilde formüle edildiği yönündedir. Bu görüşe göre, kanun koyucunun iradesine rağmen eski bilgilerimizde ısrar etmek yerine, yeni Kanun'un bu kısa hükümlerinin gerisindeki teorik düşüncelere başvurarak hükümlerin ne anlama geldiğini öğrenmeye çalışmak gerekir. Bu görüş için bkz. Koca , Mahmut - Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 5.

<sup>3</sup> Doktrinde bir görüş hukukî hatayı doğrudan "*haksızlık yanılığı*" olarak adlandırmaktadır. Ancak, çalışmamızda ayrıntılı olarak açıklayacağımız nedenlerle hukukî hatayı haksızlık yanılığı olarak kabul etmek mümkün değildir. Hukukî hatayı haksızlık yanılığı olarak tanımlayan bu görüş için bkz. Koca , Mahmut, "*Türk Ceza Hukukunda Hata*", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Bahri Öztürk (ed. ), Ankara 2009, s.100; Koca - Üzülmöz, s. 282-283.



hatanın suça etkisi ile ilgilidir. Bu bağlamda, hukukî hatanın suça etkisi öncelikle genel olarak, sonrasında ise kast teorisi ve kusur teorisi çerçevesinde tartışılmıştır. Çalışmanın dördüncü bölümü, Alman ceza hukukunda hukukî hataya ayrılmıştır. Son bölümde ise Türk ceza hukukunda hukukî hata, 765 s. Türk Ceza Kanunu ve 5237 s. Türk Ceza Kanunu dönemlerine ayrılarak incelenmiştir.

## I. HATA KAVRAMI:

### A. GENEL OLARAK

Genel anlamda hata; dış dünyaya ait bir şeyin gerçekte olduğu gibi değil, yanlış bir biçimde tanınmasına, bilinmesine neden olan zihinsel durum olarak açıklanabilir<sup>4</sup>. Hatada, kişinin zihinsel yapısında dış etkenlerden meydana gelen olumsuzlama durumunun oluşması söz konusudur. Var olan gerçeklik, kişinin o ana kadar sahip olduğu tecrübeler ışığında farklı yorumlanır. Başka bir deyişle hata, kişinin zihninde oluşan yanlış değerlendirmedir<sup>5</sup>. Deneysel bir açıdan ele alındığı zaman hata, dış alemdeki bir nesnenin gerçekte olduğundan farklı olarak, yanlış ve sahte bir biçimde tanınmasından doğan aklî bir durum olarak tanımlanabilir<sup>6</sup>.

Hemen hemen tüm ceza hukuku doktrininde kabul edilen baskın görüşe göre; bilmeme ve hata birbirleriyle tamamen aynı zihinsel durumlar olmamakla birlikte, ceza hukuku açısından doğuracakları sonuç aynıdır. Hata, bilmemeyi de içeren daha geniş bir kavramdır. *Carrara*, bilmemede herhangi bir bilginin yokluğu söz konusu olacağından olumsuz bir durumun ortaya çıktığını söylemektedir. Yazara göre, hata halinde yanlış veya eksik de olsa bir bilgi olduğundan olumlu bir durum vardır. Ceza hukukunun da ancak olumlu psişik durumları göz önünde bulundurması gerekir. Zira olumsuz bir ruh durumu hiçbir zaman bir harekete sebebiyet vermez. Ceza hukuku ise ancak hareketlerle ilgilidir. Dolayısıyla, ancak hata durumu göz önünde bulundurulmalı ve değerlendirilmelidir<sup>7</sup>. *Carrara*, tamamen olumsuz görünümü ile bilmemenin hareket sebebi olamayacağını, bir ceza hukukçusunun gözlemlerini bilmeme hali üzerinde değil, hata üzerinde yapma fırsatı bulacağını ifade etmiştir<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009, s. 216.

<sup>5</sup> Özen, Mustafa, "Ceza Hukukunda Kanunu Bilmemek ve Hata", Uğur Alacakaptan'a Armağan C. I, İstanbul 2008, s. 590.

<sup>6</sup> Hafizoğulları, Zeki, "Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları", AÜHF Ellinci Yıl Armağanı, Ankara 1973, s. 194. (Hukuki Bilmeme).

<sup>7</sup> Bkz. Erman, s. 511.

<sup>8</sup> Bkz. Ersoy, Yüksel, "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı", SBF D, C. XXIII, S. 4, Aralık 1967, s. 258; Hafizoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel

Hata, kavramsal bakımdan da bilmemeden farklıdır. Bilmeme, bilginin eksikliği veya yokluğudur. Bu yönü ile de bilmeme, negatif bir niteliktedir. Ancak hata, yanlış bilgidir ve bir kanaat içerdiğinden dolayı da pozitif bir niteliğe sahiptir. Elbette ki her hata, bilgi eksikliği gerektirir. Ancak, hatasız bilmeme mümkündür. Hukuku ilgilendiren bilmeme ise hataya neden olan bilmemedir. Sonuç olarak, bu iki deyim eş anlamda kullanılan görüşün kabul edilmesinde bir sakınca yoktur. Bilmeme ve hata arasında hiç değilse ceza hukukunda ortaya çıkardıkları sonuçlar bakımından bir fark yoktur<sup>9</sup>. Ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmamak bakımından, bir şeyi yanlış bilme (hata) ile o şeyi hiç bilmeme farksızdır<sup>10</sup>.

Hukuk, her türlü hata ile, her türlü bilmeme ile ilgilenmez. Hukukun konusuna giren bilmeme ve hata, failin iradesi üzerinde etken olan bilmeme veya hatadır. Hukuk sistemleri, insan davranışlarını dışarıya vuruluşları bakımından düzenlerler. Dolayısıyla, hata da iradenin kusurlu oluşumu üzerinden değerlendirilir<sup>11</sup>. Bazı hukukçular, hataya sebebiyet vermeyen bilmeme halinin ceza hukukunu ilgilendirmeyeceği iddiasındadırlar. Bu anlayışa göre; böyle bir bilmeme durumu harekete sebebiyet veremeyeceğinden, ceza hukukunu da ilgilendirmez.

Öte yandan buna karşıt olan bir başka görüş; bilmeme halinin, kişinin o andaki bilgi dengesini oluşturmasına yardım ederek iradesi üzerinde dolaylı bir şekilde etkide bulunacağı ve belli bir andaki bilgilerin iradenin meydana gelmesinde etkili olacağı yönündedir. Bilmeme, bilgi sonucu olumlu bir şekilde değişebilecek olan iradenin akışını değiştirmemek suretiyle nedensellik bağı anlamında da davranış üzerinde etkili olabilir<sup>12</sup>. Bu durumu şöyle açıklayabiliriz: Bilgi olsaydı, iradenin akışı olumlu bir şekilde değişecekti. Ancak, bilmeme söz konusu olduğu zaman bu iradenin olumlu bir şekilde ortaya çıkması mümkün olmayacağından bilmemenin etkisi olacaktır. İradeye yansıyan bilmeme, nedensellik bağı etkilediğinden suçun maddi unsuruna da yansır, onu da etkiler. Bu noktada ikinci görüşün kabul edilmesi isabetli olacaktır. Özetle, iradenin olumlu bir şekilde ortaya çıkması mümkün olmayacağından bilmeme iradeye yansırken suça da etki edecektir.

Unutma durumunun hukukî hataya sebebiyet verme bakımından nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusunda ise çeşitli görüşler vardır. Unutma durumunu bilmemeye eşit kabul eden bir görüşe göre unutma, hataya da

---

Hükümler, Ankara 2008, s. 296 (Genel Hükümler); Hafizoğulları, “*Hukuki Bilmeme*”, s. 194; Erman, s. 511.

<sup>9</sup> Toroslu, s. 216.

<sup>10</sup> Demirel, Hakkı, “*Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata*”, AÜHFHD, C. 12, S. 3-4, 1955, s. 100.

<sup>11</sup> Hafizoğulları, *Hukuki Bilmeme*, s. 195.

<sup>12</sup> Ersoy, s. 258.

eşittir. Zira bu görüşe göre, bir şeyi bilmemek ile onu unutmak aynı şeydir<sup>13</sup>. Biz, bir şeyin bilinmemesi ile unutulması arasında fark olmadığını kabul eden bu görüşe katılmıyoruz. Bir kimsenin yapacağı hareketi yaparken onun hukuka aykırı olduğunu bilmiyor olması veya hukuka aykırı olduğunu bildiği halde bunu unutmış olması aynı şekilde sonuç verecektir denilse bile, bilmemek bir şeyi öğrenmemiş olmaktır; unutmak, önceden öğrenilmiş bir şeyin anımsanmaması durumudur. Dolayısıyla bu iki durum birbirinden farklıdır.

Kaldı ki, bilmeme ve unutma durumları taksir bakımından da birbirinden farklılaşır. En basit tanımıyla taksir, bir kişinin, istenen bir hareketinin istenmeyen sonucundan sorumlu olmasıdır<sup>14</sup>. TCK m. 22’de taksiri “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüm aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleşmesidir.*” Bu doğrultuda, unutmanın taksir bağlamında önemini şu şekilde ortaya koymamız mümkündür: Bir kimse hatırlama yükümlülüğü olan bir şeyi unutmaz ve bundan dolayı öngörmesi gereken neticeyi öngöremezse, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olacaktır. Bir doktor, ameliyat sırasında hastanın karnında tampon, makas vb. unutursa, bu durum, taksirli sorumluluğa örnektir. Unutma durumunda sorumluluk bilmeme durumundan daha ağır olmak gerekir. Zira unutmama yükümlülüğünün olduğu durumda, unutmak taksirdir. Sahip olduğu bir bilgiyi unutan kişi, bilmesi gereken bir bilgiyi bilmeyen kişiye göre daha ciddi bir dikkat ve özen yükümlülüğü ihlali içindedir.

Üzerinde kısaca duracağımız bir başka olasılık, yanlış anlama halidir. Yanlış anlama da bir çeşit bilmemedir, dolayısıyla hukukî hata kavramı içerisinde, kanunu bilmemek olarak değerlendirilmek gerekir. Çünkü bilinen şey, doğru bilinmemektedir. Bu nedenle, kanunun yanlış anlaşılması da kural olarak mazeret sayılmayacaktır<sup>15</sup>.

Bizi ilgilendiren bir diğer konu, şüphe ile hukukî hatanın ilişkisidir. Psikolojik olarak bilmeme, hataya bağlı olmadan da var olabilir. Kişinin ruh alanında bir konu ile ilgili olarak hiçbir tasavvur, hiçbir kanaat yok ise, hatanın eşlik etmediği bir bilmeme söz konusudur. Bu bilmeme halini diğer bilmeme durumlarından ayırmak istersek, buna “*yalın bilmeme*” adı

---

<sup>13</sup> Toroslu, s. 217. Ancak, hataya yol açan bilmeme ile unutmanın aynı sonucu doğurdukları gerekçesiyle eşit tutulması yönünde görüşler de vardır. Bu görüşler için bkz. Güngör, Devrim, Ceza Hukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2008, s. 23. (Fiil Üzerinde Hata)

<sup>14</sup> Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 286.

<sup>15</sup> Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 198.

verilebilir<sup>16</sup>. Bir şeyin varlığı imkânıyla ilgili olarak düşünmeye başlanırsa, *şüphe* alanına girilecektir. Burada doğru olan, gerçek olan, bilinmemektedir. Ancak fail, belli bir kanaate varmaksızın değişik ihtimaller üzerinde düşünmektedir. Kişi, şüphe durumunda da hata durumunda olduğu gibi gerçeği bilmez. Ancak, şüphe durumunda hata yoktur. Şüphenin varlığı için, *bilinçli bilmemenin* aynı zamanda belli bir niteliğe sahip bilmeme olması gerekmez. Bilmemenin bilinçli olduğu durumlarda şüphe vardır. Şüphe, failin değişik ipotezleri muhtemel gördüğü ancak, bunlardan birinin diğerlerine göre gerçeğe uygunluğunun daha muhtemel olduğu hakkında bir kanıya sahip olmadığı durumlarda da vardır<sup>17</sup>. En basit tanımı ile şüphe, “bir olgu ile ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık” olarak tanımlanabilir<sup>18</sup>. Bir kanaatin veya inancın oluşmasına engel olan bir düşünce ve yargı kargaşasının var olduğu durumlarda şüphe vardır. Bu çatışma ve kargaşa çözümediği sürece bir kimsenin olayı gerçeğe aykırı olarak tanıdığı, buna bağlı olarak da hata yaptığını söylemek mümkün olmaz<sup>19</sup>.

Zihinde meydana gelen bir problem olarak tanımlanan hatanın ceza hukuku ile bağlantısı ne olabilir sorusu akla gelecektir. Hata, suçun işlenmesi sürecinde, iradenin oluşumuna etki eder. İradenin gerçeğin yanlış biçimde tasavvurundan dolayı bozulmuş olarak doğmasına sebep olur<sup>20</sup>. Daha önce belirttiğimiz gibi ceza hukuku ancak ortaya çıkan irade ile ilgilendir. Ceza hukuku- hata ilişkisi de, hatadan dolayı bozulmuş olan ve failin hareketiyle ortaya çıkan iradeye, ceza hukukunun nasıl bir sonuç bağladığının tartışılması noktasında ortaya çıkar.

## B. CEZA HUKUKUNDA HATA KAVRAMI

Ceza hukukunda iki çeşit hata hali söz konusudur. Fiilî hata<sup>21</sup> durumu belirli koşulların varlığı halinde bir mazeret sayılırken, hukukî hata durumu

---

<sup>16</sup> Ersoy, s. 259.

<sup>17</sup> Ersoy, s. 259.

<sup>18</sup> Fezyioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s. 184. Şüphenin diğer tanımları için bkz. Fezyioğlu, s. 184-185.

<sup>19</sup> Toroslu, s. 217.

<sup>20</sup> Toroslu, s. 217.

<sup>21</sup> Fiilî hata ve hukukî hata arasındaki ayrımın nasıl yapılması gerektiği konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. (Bu görüşler için bkz. Güngör, Fiil Üzerinde Hata, s. 24-26. Öte yandan, Fletcher, Common Law sistemi de dahil olmak üzere bütün sistemlerin ceza hukukunda hata hallerini fiilî hata ve hukukî hata olarak ikiye ayırma eğiliminde olduklarını ancak bu ayrımın gündelik yaşamda karşımıza çıkan hata hallerinin ceza hukukuna etkisine bakıldığında anlamsız ve yetersiz kalacağını kabul etmektedir. (Fletcher, George P. , Rethinking Criminal

kural olarak mazeret sayılmaz. Böylelikle, hukukî hata durumunda fail, eğer kanunda öngörülen bir istisna mevcut değilse, cezalandırılır<sup>22</sup>.

Ceza hukukunun konusu içine giren hata hallerinin üç farklı sonucu olabilir: Birincisi, yapılan hata sorumluluğu tamamen ortadan kaldırabilir, ikinci halde hatanın yapılışında kusurlu olup olmamaya göre hatanın sorumluluğa etkisi ortaya çıkabilir. Son olarak da yapılan hatanın cezai sorumluluğa hiçbir etkisi olmayacağı durumlar karşımıza çıkabilir<sup>23</sup>.

Hukukî hatada da, fiilî hatada da, fail yasaklanmış olduğuna inanmadığı bir fiili istemektedir. Ancak, hukukî hata durumunda etkisini kural üzerinde gösteren bir hata söz konusu iken, fiilî hatada etkisini somut fiil üzerinde gösteren bir hata vardır. Hukukî hata durumunda fail işlediği fiilin cezai nitelendirmesinde, fiilî hata durumunda ise işlediği fiilin kanuni tipe uygunluğunda hata etmektedir. Bu iki hata türü arasındaki fark şudur: Hukukî hata durumunda, işlenen fiil ile kuralın yasakladığı fiil aynıdır. Ancak fail kuralı bilmemektedir. Buna karşılık, fiilî hata durumunda da fiil tipiktir, ancak fail fiile ilişkin olgularda hataya düşmekte, tipik fiil işlediğini bilmemektedir. Hangi hata türünün söz konusu olduğunu belirleyebilmek için, her somut olayda hatanın etkisi ile failin, tipik fiile uygun bir fiil mi yoksa tipik fiilden farklı bir fiil mi istediğine bakmamız yeterlidir<sup>24</sup>. Fail tipik fiili istiyor ancak suç olduğunu bilmiyorsa hukukî hata, gerçekleştirmek istediği fiil tipik fiilden farklı ise fiilî hata vardır.

Ceza kanununda yer almayan ancak, ceza kanunlarını ilgilendiren kanunlardaki hatanın etkisinin ne olacağı konusu da hukukî hata-fiilî hata ayrımı bağlamında tartışmalıdır. Bu konuda iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bir görüş bu tür hatanın da ceza kanunu üzerindeki hata gibi kabul edilmesi gerektiğini ve mazeret sayılamayacağını ileri sürer. İkinci görüşe göre ise böyle bir hata fiilî hataya eşittir ve dolayısıyla da mazeret sayılmalıdır<sup>25</sup>.

---

Law, New York 2000, s. 684. ). Nitekim fiilî hata ve hukukî hata ayrımı konusunda bir görüş birliğine varılmadığı da ortadadır.

<sup>22</sup> Güngör, Fiil Üzerinde Hata, s. 24. Gerçekten, neden fiilî hata mazeret sayılırken hukukî hatanın mazeret sayılmadığı konusunda tartışmalar yapılırken, yazarlar genellikle ceza sorumluluğunun kusurlu olması şartını anlatmakla işe başlarlar. Denilmektedir ki, temel bir gerçeği bilmeyen bir failin kastı da yoktur ve dolayısıyla sorumlu olduğu düşünülemez. Husak, Douglas - von Hirsch, Andrew, Culpability and Mistake of Law, Action and Value in Criminal Law, Oxford, s. 157-158. Bu tartışma ve “Hukukî hata yapan fail, fiilî hataya düşen failden daha fazla kusurlu sayılmalı mıdır?” tartışması için ayrıca bkz. Husak - von Hirsch, s. 159 vd.

<sup>23</sup> Fletcher, s. 687.

<sup>24</sup> Toroslu, s. 219.

<sup>25</sup> Toroslu, s. 218.

Ceza kanunu olmayan bir kanunu bilmemek şeklinde yapılan hatanın hukukî hata olarak mı yoksa fiilî hata olarak mı kabul edilmesi gerektiği konusuna bir örnek vermek gerekirse: Boşandığını zanneden ancak hakkında yalnızca ayrılık kararı verilmiş olan bir kimsenin Medeni Kanun ile ilgili bir hataya düşmüş olduğu ortadadır. Bu kimse, evli olduğu halde yeniden evlenmesi halinde birden fazla evlilik suçunu işlediğini düşünmeyecektir. Böyle bir halde, kişinin evlenmekte özgür olduğunu sanması, özel hukuku ilgilendiren bir durumdur ve fiilî hata teşkil eder<sup>26</sup>. Bu şekildeki hatalar, genellikle, suç tanımıyla ilgili olarak yapılan hatalar gibi düşünülür ve o şekilde değerlendirilir<sup>27</sup>.

Ceza sorumluluğuna etki eden, başka bir deyişle mazeret sayılan veya sayılmayan, hata arasındaki ayrımın temeli hatanın niteliğinde değil, psikolojik etkisindedir. Kast; maddi fiilin hukuka aykırılığının değil, fiilin bilinmesi ve istenmesi olduğu için hata, fiil üzerinde olması veya hukuka aykırılık üzerinde olması durumlarında kastı ortadan kaldıracak veya kaldırmayacaktır. Bu ayrım, hukukî hata ve fiilî hata ayrımını ortaya çıkarır. Birinci durumda, ceza kanunu üzerinde bir hata veya ceza kanunu dışındaki bir kanun üzerinde bir hata söz konusu olabilir. Bu durum hukuken önem taşımaz. İkinci durumda, fiili bir hata söz konusudur ve mazeret sayılır<sup>28</sup>. Hukukî hatanın ise kastı değil, kusurluluğu ortadan kaldırdığını kabul etmek gerekir. Bu konuya, hukukî hatanın suça etkisi başlığı altında ayrıntılı olarak değineceğiz.

Fiilî hata ve hukukî hatanın farkı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir başka husus da bu iki hata türü arasındaki farkın, sonuçları yönünden de kendini göstermesidir. Fail, ceza normunda yasaklanan fiilden farklı bir maddi fiili istiyorsa, suç oluşturan bir fiili işlemeyi, en azından o normda öngörülen fiili işlemeyi de istememektedir. Bundan dolayı failin suç kastı olmadığını ve failin kasıtlı suçtan değil, fiilin taksirli şeklinin kanunda öngörülmüş olması ve hatanın taksirli olması şartıyla en fazla taksirli suçtan cezalandırabileceğini söylememiz mümkündür. Buna karşılık, failin kuralda öngörülen maddi fiilin aynısını istemesi halinde, bu fiilin yasaklanmamış olduğuna da inanıyorsa, hukuka aykırılık üzerinde bir hata söz konusudur ve böyle bir hata halinde fail, davranışının zarar verici olduğunun bilincinde olduğundan kastın varlığı da devam eder<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Fletcher, s. 739.

<sup>27</sup> Fletcher, s. 740.

<sup>28</sup> Toroslu, s. 218; Güngör, Fiil Üzerinde Hata, s. 25.

<sup>29</sup> Toroslu, s. 220.

## II. HUKUKİ HATA2

### A. GENEL OLARAK

Hukukî hata, bir normun varlığında veya bir normun yorumlanmasında yanılmadır<sup>30</sup>. Hukukî hata, ayrıca, yapılan davranışın hukuk kurallarınca yasaklandığının, yani kanunun bilinmemesi olarak da tanımlanabilir<sup>31</sup>. Hukukî hata, bir değerlendirme hatasıdır. Hukukî hatanın söz konusu olduğu durumlarda, duyu organları tarafından doğru olarak algılanmış bulunan bir gerçeklik, normun bilinmemesi veya yanlış yorumlanmasının sonucu olarak yanlış değerlendirilir<sup>32</sup>. Hukukî hatanın açıklanması için, *“Failin, ceza normu üzerindeki bir hata nedeniyle yasaklanmadığına ve dolayısıyla herhangi bir suçu oluşturmadığına inanmasına rağmen, gerçekte ceza normu tarafından yasaklanan fiilin aynısı olan maddi bir fiili tasavvur ettiğinde, istediğinde ve gerçekleştirdiğinde, ceza kuralı üzerindeki bir hata söz konusudur.”*<sup>33</sup> tanımını yapmamız da mümkündür.

Ceza hukukunda hukukî hata ile ilgili olarak, çeşitli kanunlarda, çeşitli sistemlerin kullanıldığını görürüz. Bu sistemler temelde ikiye ayrılır:

Birinci gruptaki sistemler, kanunların, hukukî hata ile ilgili olarak açık bir hüküm içermedikleri sistemlerdir. İkinci grup ise, hukukî hatanın kanunda düzenlendiği sistemlerdir. İkinci gruptaki kanunlar, hukukî hatanın sorumluluğa bir etkisi olmadığını kabul eden sistemler, hukukî hatanın ceza sorumluluğuna etki ettiğini kabul eden sistemler ve kastın varlığının kabulü için failde “hukuka aykırılık bilinci” arayan sistemler olmak üzere üç alt gruba ayrılabilirler<sup>34</sup>. Hukukî hatanın ceza sorumluluğunu etkilemediğini kabul eden sistemlere örnek olarak Common Law’a dahil olan İngiltere ceza hukuku verilebilir<sup>35</sup>. Kanunu bilmemenin ceza sorumluluğuna etki ettiğini kabul eden sistemlere ise en bilinen örnek Alman ceza hukukudur.

---

<sup>30</sup> Önder, s. 337.

<sup>31</sup> Centel, Nur - Zafer, Hamide - Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s. 432.

<sup>32</sup> Toroslu, s. 218.

<sup>33</sup> Toroslu, s. 219.

<sup>34</sup> Önder, s. 338-339. Hukukî hatanın mazeret sayılmadığı sistemlerin çoğunlukta olduğu bir gerçektir. Hatta hukukî hatanın bir mazeret olarak kabul edilemeyeceği söylemi hukuk sistemlerine öyle bir yerleşmiştir ki, bu konunun kusurlulukla ilgili olup olmadığı bile çoğu zaman düşünülmez. Bu görüş için bkz. Fletcher, s. 730.

<sup>35</sup> İngiltere ceza hukukunda hukukî hata konusuna bakış ile ilgili olarak bkz. Simester, A. P; Spencer J. R - Sullivan, G. R - Virgo G. J, Simester and Sullivan’s Criminal Law- Theory and Doctrine, 4. Baskı, ABD 2010, s. 6 8 0 -6 8 5. İngiliz hukukundaki katı bakış açısı, bireyin adil yargılanması ve kamu yararı dengesi ve İngiliz hukukunda bu konu ile ilgili önemli davalar için bkz. Ashworth, Andrew, Principles of Criminal Law, 5. Baskı, New York

## B. “KANUNU BİLMEMEK MAZERET SAYILMAZ” İLKESİNİ AÇIKLAMAYA YÖNELİK GÖRÜŞLER

Çalışmamızın önceki kısımlarında da belirttiğimiz gibi, *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* ilkesinin hukuk tarihi içindeki yeri, oldukça eski dönemlere dayanır. Bu ilkenin ortaya çıkışından günümüze kadar olan süreçte, ilkeyi açıklamaya yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Çalışmamızın bu kısmında, bu görüşleri ve onlara yönelik eleştirileri kısaca açıklamaya çalışacağız.

Hukukî hatanın mazeret sayılmasını engelleyen *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* ilkesinin açıklanmasına yönelik ilk görüş, *ceza kanunlarının herkesçe bilindiği* karinesine dayanan görüştür. Aydınlanma çağının tabii hukukçu rasyonalizminin etkisi ile, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin temelini, herkesin yayımlandıktan sonra kanunu bildiği şeklinde kesin bir ilkeye dayandığı ileri sürülmüştür. Yazılı kanunun tabii hukuk rasyonalizmine sahip olması, az ve açıkça yazılmış basit yasal metinlerde düzenlenmiş değerlerin evrensel bir nitelik taşıması ve sadece tabii suçların öngörülmesi nedeniyle vatandaş yönünden hukuki bilmemenin mümkün olmayacağı düşünülüyordu. Zaman içerisinde ortaya çıkan yoğun kanunlaştırma faaliyetleri, sadece yasamanın ürünü olan *yapay suçlar* kategorisini ortaya çıkarmıştır. Karşıt bir kısım sosyal taleplerin ortaya çıkmasıyla burjuva değerlerinin tehlikeye girdiğinin düşünülmesi ve modern devletin sürekli artan gerekleriyle ceza kanunlarının çoğalmasına sebep oldu. Bugün, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin temelini herkesin kanunu bildiği yönündeki bir karineye dayandırmak imkansızdır. Böyle bir kanunu bilme karinesi geçmişteki toplum tipleri bakımından kabul edilebilirse de günümüzde böyle bir karinenin varlığını kabul etmek olanaksız hale gelmiştir<sup>36</sup>. Herkesin kanunu bildiği karinesine dayandırılan bu görüş, bir başka yönden de eleştirilmiştir. Denilmiştir ki, herkesin hukuku bildiğinin bir karine olarak kabul edilmesi, bunun tersinin ispat edilebilmesi olasılığını da beraberinde getirir. Karinenin tersini ispat etmek mümkün olduğu sürece, kanunun otoritesi bir hayli zayıflamış olur. Kaldı ki, karinenin doğası gereği, bilinenden bilinmeyene ulaşılır. Kanunların sayısı göz önünde bulundurulduğunda ise, bütün kanun hükümlerini bilmenin bir karine olarak kabulünün de imkansız olduğu anlaşılır. Zira, “imkânsız” olan bir şeyin, karine olarak kabul edilmesi mümkün değildir<sup>37</sup>. Sonuç olarak

---

2006, s. 232-237. Ayrıca, Anglo - American hukukunun konuya bakış açısı ve fiilî hata hukukî hata karşılaştırması üzerinden bir değerlendirme için bkz. Husak - von Hirsch, s. 157 vd.

<sup>36</sup> Toroslu, s. 222.

<sup>37</sup> Demirel, s. 102; Erman, s. 518.



denilebilir ki, belirtilen gerekçelerden dolayı, günümüzde, ceza kanunlarının sayısı ve çeşitliliği karşısında, hukuku bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesinin açıklanmasının bu görüşle yapılması imkânsızdır.

İlkeyi açıklamaya yönelik görüşlerin ikincisi, *kanunun herkesçe bilindiği varsayımına* dayanan görüştür. Bu görüşe göre, kanunun herkesçe bilinmesi bir karineye değil, kanunun herkesçe bilindiği varsayımına dayanır. Herkesin kanunu bildiği farz edilir. Bu varsayım, kanunda yer alan “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinden kaynaklandığı için de ortada kanuni bir varsayım vardır. Kanuni bir varsayımın aksi ispat edilemez. *Prins*, bu kanuni varsayımın kabul edilmemesi halinde herkese örnek olacak bir ceza vererek adaleti sağlamanın mümkün olamayacağı görüşündedir<sup>38</sup>.

Bu görüş de eleştirilere hedef olmuştur. İmkânsız olan bir şeyin karine olarak kabul edilmesi eleştirilirken bunun bir varsayım olarak kabul edilmesi düşünülemez. Nasıl ki yalnızca çoğunlukla ortaya çıkan, bir genelleme oluşturabilen durumlarda karine oluşuyorsa, yalnızca şüphe içermeyen vakalarda bir varsayımın varlığı kabul edilebilir<sup>39</sup>. Kanunu bilmekten bahsediyorsak, kanunu herkesin bildiğini şüphe götürmez bir şekilde ortaya koymamız imkânsızdır. Herkesin kanunu bildiği konusunda bir karine oluşturmaya yetecek bir çoğunluk sağlanamamışsa, bir varsayımı kabul edecek kadar bir çoğunluk da yok demektir.

Üçüncü görüş, *kanunu bilme ödevinin varlığını* savunan görüştür. Buna göre, hem doktrinde hem de uygulamada söz konusu ilkenin temeli ceza kanununun bilinmesi zorunluluğuna dayandırılabilir. Bu zorunluluk dolayısıyla, kanunun muhatabı olan kimseler üzerinde kanunu bilme ve öğrenme yükümlülüğü doğmaktadır<sup>40</sup>.

Doktrinde, kanunu bilme ödevinin varlığını savunan görüş de eleştirilmiştir. Bu görüşü eleştiren yazarlara göre, ilkenin temeli kanunu bilme ödevine de dayandırılmaz. *Manzini*'ye göre, belirli bir yerde yaşayan kişi bir faaliyette bulunduğu zaman, kanunların koyduğu sınırları ve şartları bilmek yükümlülüğü de vardır. Eğer bu yükümlülüğünü ihmal ederse, bilgisizliğinden doğan tehlikeyi de kabul etmiş sayılacak ve kendi bilgisizliğini de mazeret olarak ileri süremeyecektir. Öte yandan, ceza kanunlarını bilme konusunda bağımsız bir ödev bulunsaydı, bu ödevin yerine getirilmemesinin özel bir müeyyidesinin olması da gerekirdi. Yerine

<sup>38</sup> Bkz. Erman, s. 518.

<sup>39</sup> Bkz. Demirel, s. 102; Erman, s. 519.

<sup>40</sup> Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 297. Güngör, Devrim, “*Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata*”, TBB, S. 68, Ocak-Şubat 2007, s. 136. (Kural Üzerinde Hata) s. 143.

getirilmesi gerekmeyen bir hukuki ödev veya yükümlülüğün varlığı da düşünülemezine göre, böyle bir bilme görevi, kanunun bilindiği varsayımına eşittir. Ayrıca, her yükümlülük, onu yerine getirme olasılığı bulunduğu koşullar altında geçerli olabilir<sup>41</sup>.

*Manzini*, kanunu bilme görevini bir tür vatandaşlık görevi şeklinde açıklamaya çalışmıştır. Ancak, bu düşüncenin, yabancılar bakımından kanunların bağlayıcılığını açıklayamadığından dolayı eleştirildiği görülür. Kanunu bilme görevini bir vatandaşlık görevi şeklinde açıklamaya yönelik görüşe karşılık bir başka görüşe göre, kanunu bilme görevinin bir *normatif ödevden* kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bu düşünceyi ileri süren *Frosali*, hukukî hatayı düzenleyen İCK 5.maddesinin bağımsız bir kural olmayıp, bütün özel suç tiplerini düzenleyen ceza normlarının bir parçasını oluşturduğunu savunur. Yazara göre, özel suç tipini düzenleyen hükümlerden kaynaklanan normatif ödevde aykırı davranarak suç işleyen kişi, bu durum dolayısıyla, fiilinin sonuçlarına katlanacak ve işlediği fiilden dolayı cezalandırılacaktır<sup>42</sup>.

Doktrinde hem *Manzini*'nin hem de *Frosali*'nin düşünceleri eleştirilmiştir. *Manzini* bir taraftan çok sayıda ve çeşitte kanun olmasının, kanunların herkes tarafından bilindiği varsayımını çürüttüğünü ileri sürerken, diğer taraftan kanunu bilme görevinden bahsederek kendi görüşü ile çelişmektedir denilmiştir. Gerçekten, kanunların çok sayıda ve çeşitli olması nedeniyle herkes tarafından bilindiğinin varsayılamayacağını, bu durumdan dolayı kanunu bilme imkânının ortadan kalktığını kabul edersek, kanunu bilme şeklinde bir ödev ileri sürmemiz de mümkün olmaz<sup>43</sup>. Zira, ne kanunun ne de hukuk doktrinin ve uygulamasının kişilere yerine getirmeleri imkansız bir görev yüklemesi mümkündür.

Kanunu bilme ödevinin varlığının savunulması halinde, ileri sürülebilecek bir başka eleştiri de, kanunların mutlak olarak uygulanmasının

---

<sup>41</sup> Toroslu, s. 223. Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesini, kanunu bilme ödevine dayandıran görüşe katılmamakla birlikte bu görüşü eleştirmek için ileri sürülen, “*ödev olsaydı, buna uymamanın ayrı bir yaptırımı da olmalıydı*” şeklindeki görüşe de katılmıyoruz. Kanunu bilmenin bir ödev olarak kabul edilebilmesi için, ödevin yerine getirilmemesinin *ayrı* bir yaptırımı olmasına gerek yoktur. Kanunu bilmemeyi mazeret olarak ileri sürememe de bir yaptırımdır. Fail, bu durumla karşı karşıya kaldığında, kanunu bilmediğini mazeret olarak ileri süremeyip işlediği suç için bir yaptırıma tabi tutulacaktır. Bu da bir mağduriyettir. Yaptırımın, yapılan bir kötülüğün karşısında faile yapılan kötülük olması özelliğini de dikkate aldığımızda, böyle bir durumda, kanunu bilmemenin yaptırımının, bilmediğini ileri sürememe olduğu söylenebilir. Kanunu bilmediğini bir mazeret olarak ileri sürememe de fail için bir mağduriyet yaratır. Dolayısıyla, kanunu bilmenin ödev olarak kabul edilmesi için bilmemenin de ayrıca yaptırımının olmasına gerek yoktur düşüncesindeyiz.

<sup>42</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata s. 144.

<sup>43</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 144-145.

bazı durumlarda adalet duygusunu zedelediği yönündedir. *Manzini*, bir mecburiyetin geçerli sayılabilmesi için, o mecburiyetin mutlaka yerine getirilmesinin mümkün olması gerektiğini ileri sürer. Sonuç olarak, kanunu öğrenme mutlak imkânsızlığının söz konusu olması halinde, buna göre, kanunu bilmeme de mazeret sayılmalıdır<sup>44</sup>. Bu fikri kabul eden yazarlardan bazıları da bu görevin bazı durumlarda söz konusu olamayacağını kabul ederler. Zira bir görev, ancak onu ifa etmenin mümkün olması halinde, o görevin sahibine bir yükümlülük yükleyebilir. Bu imkân, örneğin düşman işgali, sel felaketi, kanunun yayınlanmasından önce yürürlüğe girmesi<sup>45</sup> gibi sebeplerle tamamen ortadan kalkarsa, artık kanunu bilmenin bir görev olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla, mücbir sebep nedeniyle hukukî hata halinde bulunduğunu ileri süren kimse mazur görülmelidir<sup>46</sup>. Kanunu bilme ödevini daha katı bir anlayışla kabul eden bir görüşe göre, bir devletin ülkesinde bulunan her birey, o devletin bütün kanun ve nizamlarını bilme yükümlülüğü altındadır. Bu görev, devletin bireylere verdiği hukuki korumanın karşılığıdır. Devlet, kanunları kuralına uygun olarak yayımlamakla, herkese kanunun içeriğini öğrenme fırsatı vermiş olur. Bu durum, kanunu bilme görevinin bireylere yüklenebilmesi için yeterlidir<sup>47</sup>.

Bunlarla birlikte, kanunu bilme zorunluluğu, norm genel teorisi açısından da tartışmaya açık bir konudur. Şöyle ki, hukukun iradiliği, başka bir anlatımla hukuk normunun emriliği varsayımı ile hareket edersek, kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı ilkesini savunmamız da mümkün olmaz. Zira, eğer hukuk normu bir emir ise, icra edilebilmesi için muhatabı tarafından da bilinmesi gerekir. Muhatabın bilmediği bir emre uymasını istemek, hukukun emriliği anlayışını da inkâr olur<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 197.

<sup>45</sup> Kanunlar, kanun metninde belirtilen tarihte yürürlüğe girer. Kural olarak bir kanunun yürürlük tarihinin yayın tarihinden önce olmaması gerekir. Böyle bir durumda dahi kanun yayın tarihinde yürürlüğe girmiş kabul edilmelidir. Çünkü bir kanun yayınlanmadıkça vatandaşlar bakımından bağlayıcı bir değer taşımaz, yayınlanması kanunun varlığı için bir şart değil, üçüncü kişilerin bilgisine getirilmesi için bir araçtır. ( Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Bursa 2010, s. 257). Dolayısıyla kanunun yayın tarihinden önce yürürlüğe girmesi, *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* ilkesi olarak ifade ettiğimiz ilke ve hukukî hata meselesiyle de yakından ilgilidir, ([www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/cezanorm\\_kemal\\_kil.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/cezanorm_kemal_kil.htm) , Erişim Tarihi: 5. 9. 2011). Son olarak belirtmek gerekir ki, kanunların yayın tarihinden önce yürürlüğe girebileceği ve suç oluşturan fiilleri belirleyebileceği düşüncesi ceza normlarının zaman bakımından uygulanması konusundaki ilke ve kurallara da aykırı olur. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 95 vd., Hafizoğulları - Özen, s. 29 vd. ).

<sup>46</sup> Erman, s. 520.

<sup>47</sup> Demirel, s. 102; Erman, s. 519.

<sup>48</sup> Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 197.

Doktrinde oldukça yaygın olan, *ilkenin politik bir ihtiyacı karşılamakta olduğu* görüşü, ilkeyi açıklamayı amaçlayan dördüncü görüştür. Bu görüşe göre, failin kusurluluğundan söz edebilmemiz için, failin fiilinin hukuk düzeni ve özellikle ceza hukuku tarafından yasaklanmış olduğu bilincine sahip olması gerekmez. Bu anlayışta ilkenin amacı, sanıklara her defasında kanunu bilmediklerini ispat olanağı verilmesi halinde, adaletin gerçekleşmesi yönünden ortaya çıkabilecek problemleri önlemeyi amaçlayan pratik bir zorunluluğa dayandırılmıştır<sup>49</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, zamanla, *tabii suçlar* kategorisinde sayılabilecek suçlara, kanun koyucu tarafından, günün toplumsal yaşamının gereksinimlerini karşılamaya yönelik yeni suç tipleri eklenmiştir. Sadece yasama faaliyetinin ürünü olan bu suç tiplerinin yaygınlaşmasından sonra, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin temelini, kanunların vatandaşların değişen ve farklılık gösteren bilinci üzerindeki otoritesini sağlamaya ilişkin politik zorunluluğa dayandıran görüş ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, ilkenin amacının hukuk düzenini koruma amacına dönüştürüldüğünü söylememiz mümkündür<sup>50</sup>. Bu ilkenin ceza siyaseti bakımından mutlaka gerekli olduğu, bu ilkenin kabul edilmemesi halinde devlet ve kanun otoritesinin felce uğrayacağı ileri sürülmüştür<sup>51</sup>.

Kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması ilkesinin politik bir ihtiyaca dayanması konusunda somut örnek olarak 1930 tarihli Rocco Kanunu verilebilir. Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen, her normal vatandaşın neyin yasak olduğunu doğru olarak bildiğini kabul eden ve ancak akıl hastalarının hukukî hata yapabileceğini kabul eden hüküm, devlet egemenliğinin ve kanun otoritesinin bireyler üzerinde mutlak olarak sağlanmasına yönelik politik bir ihtiyaca dayanır<sup>52</sup>. Bu görüşe göre, ilke, kanunların otoritesini sağlamaya yönelik olarak ortaya çıkan bir ihtiyaca dayanmakta ve böylece mevcut hukuk düzeninin korunması amaçlanmaktadır. Söz konusu kural ceza kanunlarının bağlayıcılığını sağlamaya yönelik politik ihtiyacın zorunlu bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Eğer sanıklara kanunu bilmediklerini ispatlama imkanı verilirse,

---

<sup>49</sup> Toroslu, s. 221.

<sup>50</sup> Toroslu, s. 222.

<sup>51</sup> Demirel, s. 103; Erman, s. 522.

<sup>52</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 141-142. Doktrinde bir görüşe göre, hukukî hatanın ceza kanununa ilişkin genel hükümlerin bulunduğu bölümde düzenlenmiş olması, kanunun uygulanması bakımından bir sınırlamanın kabul edilmediğini ve hukukî hata konusunun tamamen kusurluluğun dışında bırakılmak istendiğini göstermektedir. Bu görüş için bkz. Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 142. Kanımızca burada anlatılmak istenen, hata konusunun kusurluluk ile bir ilgisi olmaması değil, hukukî hatanın kusurluluğu kaldıran bir istisna olarak kabul edilemeyeceğidir.

her somut olayda kanunu bilmedikleri iddiasında bulunmalarının adaletin işleyişi bakımından ortaya çıkaracağı engelleri ortadan kaldırmak bakımından bu ilkenin kabul edilmesi zorunludur. Carrara, sanıklara böyle bir hakkın verilmesinin kanunun uygulanmasını şartlı hale getirerek ceza adaletinin sağlanmasında tamiri güç sorunlara yol açacağını söylemektedir<sup>53</sup>.

Bir başka görüşe göre, kanunu bilme ödevinin var olup olmadığını değerlendirebilmek için, *suçlar arasında bir ayırım* yapılması gerekir. Kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı prensibi tabii suçlar bakımından uygulanmalıdır. Çünkü ancak tabii hukukun herkes tarafından bilindiği ileri sürülebilir. Ancak, doktrinde bu görüş de eleştirilmiştir. Suç kanununun cezalandırdığı bir fiil olup tabii hukuka veya ahlaka yahut mantığa aykırı bir hareket değildir. Hareketlerimizin suç teşkil edip etmediğini ortaya koyan, pozitif hukuk kurallarıdır. Kaldı ki, ahlâka tamamen aykırı bazı fiiller kanun tarafından suç sayılmadığı gibi, bazı suçların kişiler tarafından tabii suç olarak algılanmadığı da görülür<sup>54</sup>. Dolayısıyla bu görüşün de kabulü mümkün gözükmemektedir.

Bu bağlamda ileri sürülen görüşlerden biri de Mirto'nun görüşüdür<sup>55</sup>. Bu görüş, ceza sorumluluğu bakımından *failin saikinin kanunda belirtildiği haller dışında dikkate alınmaması kuralına* dayanır. Buna göre, kanun bilinmeden suç işlenmesi failin suç işlemekteki saiklerinden başka bir şey değildir. Böylece, bilgisizlik failin saiklerinden biri olmaktadır<sup>56</sup>. Kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı ilkesi, bizzat cezai sorumluluk konusu ile ilgilidir. Bilmeme, failin zihninde meydana gelen yanlış bir kanaattir ve suçun saikini oluşturur. Bir kişinin fiilinden sorumlu olması için, fiilin irade ürünü olması gerekir. Suç işlemediği hususundaki kanaat, iradeyi ortadan kaldırmaz. Failin fiilinin suç oluşturması için iradenin ürünü olması gerekli ve yeterlidir, saik önemli değildir<sup>57</sup>. Ceza hukukunda bilmeme ve hatanın hukuki teorisi, bu görüşte, ceza sorumluluğunun iradeye dayanan bir şekilde anlaşılmasının bir görünümü olarak ortaya çıkar<sup>58</sup>.

Başka bir görüşe göre, her normal insanda mevcut olan haklı ve haksız hakkındaki genel ve basit bilgiler, fiilin cezalandırılabilir olduğunu anlamaya yetiyorsa, hiçbir mazeret kabul edilmemelidir, aksine bu bilgiler fiilin suç teşkil ettiğini idrake yeterli değilse, böyle bir bilmeme mazur görülmalıdır<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 145.

<sup>54</sup> Demirel, s. 103.

<sup>55</sup> Bu görüşün “*Ceza Mesuliyet Nazariyesi*” olarak adlandırılması konusunda bkz. Erman, s. 524.

<sup>56</sup> Dönmezer - Erman, C. I, s. 196.

<sup>57</sup> Demirel, s. 103.

<sup>58</sup> Ersoy, s. 252.

<sup>59</sup> Erman, s. 521.

Ancak bu görüşün benimsenmesi bizi hukuk dışı tartışmalara götürür. Haklı ve haksız hakkındaki kanaat ile ilgili bir muhakeme, haksızlık yanılığısı ile ilgili bir konudur ve hukuktan daha geniş bir alanı kapsar. Dolayısıyla bu görüşün de hukuku bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine temel oluşturması kabul edilemez.

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesini açıklamaya yönelik görüşler ve bu görüşlere yönelik eleştiriler göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce, kanunu bilmemenin mazeret sayılmamasını açıklamaya yönelik görüşler arasında en tutarlı ve kabul edilebilir olan görüş, ilkenin varlığının politik bir zorunluluğa dayandığını kabul eden görüştür. Açıklamaya çalıştığımız sebeplerden dolayı konuya ilişkin diğer görüşleri kabul etmek mümkün değildir<sup>60</sup>.

### C. HUKUKİ HATANIN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Hukukî hatayı çeşitli özelliklerinden yola çıkarak ayrımlara tabi tutmamız mümkündür. Birincisi, hatanın *yapılışına göre* farklı isimler alması durumudur. Kişi eğer, yaptığı şeyin hukuk düzeni ile çatışmadığını zannediyorsa, fiilini yasaklayan bir norm bulunduğunu bilmiyorsa ya da normun varlığından haberdar olmasına rağmen normu yanlış yorumlayarak somut fiiline o normun uygulanmayacağını düşünüyorsa, bu durumda *doğrudan hukukî hata* söz konusudur. Öte yandan, kişi, fiilini yasaklayan normu ve normun kapsamını doğru biliyor olsa bile davranışını hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunduğunu sanıyorsa *dolaylı hukukî hata* söz konusu olur<sup>61</sup>.

İkinci ayırım, hukukî hatanın ortaya çıkış şekilleri bakımından yapılabilir. Birincisi, doğrudan ceza kanununun bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından dolayı ortaya çıkan hukukî hatadır. İkincisi ise ceza kanununda yer almayan fakat bu kanunu ilgilendiren kuralların bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından ortaya çıkan hukukî hatadır. Burada, ceza kanunları dışında kalan kanunlar bakımından ortaya çıkan hatanın, fiilî hataya dönüşmüş olmaması gerekir<sup>62</sup>.

Hukukî hata, bir başka şekilde; *olumlu ve olumsuz hukukî hata* şeklinde de ortaya çıkabilir. *Olumlu hukukî hata*, kişinin, yasada suç olarak sayılmayan bir fiili, suç sayıldığı düşüncesiyle işlemesidir. Doktrinde *mefruz* (varsayılan, farz edilen) suç denilen bu halde, kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiilden dolayı kimse cezalandırılmayacağından<sup>63</sup>, failin

<sup>60</sup> Aynı görüş için bkz. Toroslu, s. 223.

<sup>61</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 136.; Koca-Üzülmez, s. 282.

<sup>62</sup> Toroslu, s. 220.

<sup>63</sup> Bir kimsenin, hareketinin yasada suç olarak düzenlendiğini düşünerek davranması fakat

suç sandığı ve fakat suç olmayan eyleminden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Burada, failin işlediği fiil tipik değildir. *Olumsuz hukukî hatada* ise, fail, yasada suç olarak düzenlenmiş bulunan bir fiili, suç oluşturmadığı düşüncesi ile işlemektedir. Ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesinden dolayı, olumsuz hukukî hatanın ceza sorumluluğuna bir etkisi olmayacaktır<sup>64</sup>.

Hukukî hata ile ilgili olarak yapılan ayrımlar yanında, bir de hukukî hatanın ortaya çıkış şekillerine göre farklı isimler alması da söz konusu olabilir. Birincisi, *plânlı hukukî hatadır*. Plânlı hata söz konusu olduğunda kişi, fiilini düzenleyen bir kuralın var olduğunu bilmesine rağmen, içeriği hakkında bilerek bilgi sahibi olmaz ve böylece hatasına da mazeret sağlamak ister. Bu durumdaki hata daima kaçınılabilir bir hatadır ve kişi bu hatasına dayanarak kusursuz olduğunu ileri süremez<sup>65</sup>.

Plânlı hatadan sonra karşımıza çıkan bir başka durum, *bilinçli hukukî hatadır*. Bu halde, bilmeme, bilinçli bir davranıştan kaynaklanır. Burada kişi, kanundan haberdar olmasına karşın, tembelliği ve umursamazlığı dolayısıyla kuralın içeriğini öğrenmemektedir. Eğer kanunun varlığı, içeriği veya yorumu ile ilgili bir şüphe duyulması durumu varsa, *kural üzerinde bilinçli hata* söz konusu olur. Şüphe duyan kişi, fiili işlemekten kaçınmayarak suç teşkil eden bir fiili işleme riskini kabul etmiş sayılmalıdır. Özellikle failin, mesleki ve teknik faaliyetleri düzenleyen kuralları bilmemesi halinde de bilinçli hukukî hata söz konusu olur<sup>66</sup>.

Hukukî hataya düşülmesinde *taksirli* olunması da söz konusu olabilir. Bu durumun var olması için ise taksire özgü üç koşul bulunmalıdır. İlk olarak, hatanın yapılmak istenmemiş olması gelir. İkinci olarak, kural hakkında bilgi veren, kuralın içeriği konusunda kişileri uyararak ve dolayısıyla hataya düşülmesini önleyici düzenlemelere uyulmamış olması gerekir. Son

---

hareketin yasada suç olarak düzenlenmemiş olması halinde, *mefruz suç* (hayal suç) söz konusu olur ve doktrindeki baskın görüşe göre suç oluşmadığından bu kişilere ceza verilmez. Ancak, bir başka görüşe göre, fail suç işleme yönündeki iradesini ortaya koyduğu için böyle durumlarda da cezalandırılması gerekecektir. (Centel - Zafer - Çakmut, s. 228). Bir başka imkânsızlık durumu işlenemez suç da, bazı yazarlar tarafından bağımsız bir kurum olarak değerlendirilirken, bazı yazarlar tarafından sözde suçun bir görünüm biçimi olarak kabul edilir. Bu konudaki görüşler ve değerlendirme için bkz. İpekçioğlu, Pervin A., Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009, s. 93-94; İpekçioğlu, Pervin A., “Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından “İşlenemez Suç”un Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C.61.,S.3, 2012, s. 862-863.

<sup>64</sup> Artuk, M. Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 677-678.

<sup>65</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 157.

<sup>66</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 157.

olarak, hukukî hataya düşülmesini önleyici kurallara uymamanın faile isnat edilebilir olması da gereklidir. Faille aynı durumdaki bir model ajan ölçütüne göre, hataya düşülmesini önleyici kurallara uyulmasının failden beklenip beklenmeyeceği de araştırılmalıdır<sup>67</sup>.

Fail tarafından fiili yasaklayan normun bilinmemesi iki nedenden kaynaklanabilir. Birinci durum, objektif nedenlerle fiili yasaklayan normun bilinmemesi halleri, ikinci olasılık da kuralın aslında bilinebilir olduğu hallerde kişinin subjektif nedenlerle kuralı bilmediği hallerdir. Birinci gruptaki haller, resmi gazetenin dağıtılamamış olması, kanun metninin kendi içerisinde çelişkili hükümler barındırması, kanunun yorumu konusunda genel bir kargaşa yaşanıyor olması, kanunun mahkemeler tarafından sürekli yanlış bir şekilde yorumlanıp uygulanmış olması gibi objektif nedenlere bağlı olarak kuralın içeriğinin hiç kimse tarafından doğru bilinmesinin mümkün olamayacağı durumların söz konusu olmasıdır. Bu gibi durumlarda fail, kuralı bilmediği için kınanamaz. Dolayısıyla hataya düşmekte bir kusuru da yoktur. Burada failin, kanunu bilmemek konusunda mutlak ve objektif bir imkânsızlığı vardır. İkinci olarak, kuralın bilinmemesine rağmen bilinebilir olduğu durumlar söz konusu olabilir. Böyle durumlarda faili düştüğü hata dolayısıyla kınamak mümkündür. Zira failin kuralı öğrenme imkânına sahip olduğu böyle bir durumda hatanın kaçınılmaz olduğunu söylememiz mümkün değildir<sup>68</sup>. Hatanın kaçınılmaz olup olmaması konusuna ilgili kısımda ayrıntılı olarak değineceğiz.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, nasıl bir ayırım yapıldığına bağlı olarak hukukî hata, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Hukukî hatanın görünüm biçimleri, diğer ayrımlarla birlikte, *bireysel veya genel hukukî hata ve bilmeme* ve *resmi makamların beyanlarına dayanan hukukî hata ve bilmeme* olarak da ikiye ayrılabilir.

Bireysel hukukî hata, bir kimsenin kanunu bilmemesi veya yanlış yorumlaması durumunda ortaya çıkan hukukî hata türüdür. Bireysel hukukî hata ile ilgili en önemli tartışmalardan biri, kanunun çelişkili olması durumunda izlenecek yöntemin ne olacağı hususudur. Ceza hükmünün çelişkili olduğu veya gereği gibi anlaşamadığı hallerde kanunun yanlış yorumlanmasının sorumluluğunun faile yüklenmemesi gerektiği doktrinde

<sup>67</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 157.

<sup>68</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 156. Bilmeme durumları ile ilgili olarak Toroslu, bilmemenin ancak iki objektif nedenle ortaya çıkabileceğini söylemektedir. Yazara göre; birinci durum, kanunu öğrenme konusundaki mutlak ve kolektif imkansızlıktan meydana gelen *önlenebilir bilmeme*dir. İkinci durum ise failin meşruluğu ile ilgili olarak belirli kaynakların örneğin, aynı doğrultudaki yargı kararlarının sebep olduğu "*iyi niyet*" halidir. Bkz. Toroslu, s. 225.



ileri sürülen bir görüştür. Bu görüşe göre, kanunu doğru bilme yükümlülüğü, ona uymanın pratik olarak mümkün olduğu haller için kabul edilmelidir<sup>69</sup>.

*Manzini*, kanun metninin *anlaşılması imkânsız olacak derecede* karmaşık olması durumunda, gerçekte ortada bir kanun olmadığını, zira kanunun bir irade içerdiğini, anlaşılması mümkün olmayan bir iradenin ise yok sayılması gerektiğini ileri sürer. Ancak bu görüş kabul edilemez. Zira, bireyler tarafından anlamı anlaşılabilen bir kanunu yok saymak, özel kişilere bir kanunu tadil etme ve felce uğratabilme gücü sağlamak olacaktır. Sonuç olarak, bir kanunun anlamı belli değilse bile, o kanunun yokluğuna hükmetmek yanlıştır. Kanun açıkça veya zımnen ilga olmadıkça onu uygulamak ve çeşitli yorum yöntemleri kullanarak anlamını ortaya koymaya çalışmak gerekir. Bu çalışmanın sonucunda da, kanunun anlamı ortaya konulamamışsa, failin lehine yorum tarzını kabul etmek gerekir<sup>70</sup>.

Bir başka olasılık, bir kanun ile ilgili olarak genel bir bilgisizlik veya hata durumu ortaya çıkmış olmasıdır. Böyle bir durum, birçok kimsenin veya büyük bir kitlenin kanunu yanlış bilmesi ve uygulaması sonucu ortaya çıkar. Bu gibi hallerde, kanunun yanlış bilinmesi ve hatalı uygulanması bir mazeret sayılmaz. Genel hatanın mazur görüleceği düşüncesinin hukuk biliminde yer almaması gerekliliği, bunun nedeni olarak ileri sürülmüştür<sup>71</sup>. Önceki zamanlarda geçerli olan bir esasa göre müşterek yanılma hukuk yaratırdı. Bu ilkeye *error communis facit ius* denmektedir. Ancak günümüzde bu esasın uygulanması kabul edilemez. Böyle bir esasın kabul edilmesiyle, kişilerin bir kanunu tadil edebilmelerine veya uygulamadan kaldırmabilmelerine olanak verilmiş olacaktır<sup>72</sup>.

Bireysel veya topluca ortaya çıkan hukukî hata ve bilmeme durumları ile ilgili olarak denilebilir ki, kanunda istisna olarak düzenlenmiş veya konu ile ilgili yerleşmiş bir içtihat yoksa, hiçbir durumda faili sorumluluktan kurtaracak bir mazeret oluşturmazlar.

Kural olarak, resmi makamların kanunu yanlış yorumlaması sonucunda ortaya çıkan hata, bir mazeret olarak ileri sürülemez. Dolayısıyla, en başta, idare tarafından yapılan yanlış bir yoruma güvenilerek suç işleyen failin hatasının kaçınılmaz olmadığını ve bundan dolayı kusurluluğu da kaldırmayacağını belirtmemiz gerekir<sup>73</sup>.

*Kanunların herkes için mecburiliği* üzerinde etkili bir tasarrufla bulunmak hakkı hiç kimseye tanınmamıştır. Dolayısıyla, idarenin de bireyler

<sup>69</sup> Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 199.

<sup>70</sup> Erman, s. 526.

<sup>71</sup> Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 199.

<sup>72</sup> bkz. Erman, s. 525.

<sup>73</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 158.

gibi kanunların süjesi olması gerekir. Ayrıca, idarenin kanunun uygulanmasına engel olacak bir yetkisinin olması da düşünülemez<sup>74</sup>. Şöyle ki, idarenin yaptığı yorumu doğru kabul ederek bir kimsenin kanuna aykırı hareket edeceği ve bu durumda kişinin kusurlu olmayacağı düşünülürse, idarenin yorumu dolayısıyla kanunun uygulanması fiilî olarak imkânsızlaşacaktır. Kanunun uygulanmasının idare tarafından engellenmesi ise kabul edilebilir bir durum değildir. Kanunların herkes tarafından mecburiliği ilkesinin çalıştırılmasının memurun takdirine bırakılmaması ve kişinin memura güvenmesiyle oluşabilecek riskleri göze alması, hukuk devleti ilkesinin sonucudur.

Bu görüşleri kabul etmeyen başka bir görüş, genellikle *iyi niyet esası* ve *adalet duygusundan* hareket ederek, yetkili memurun tutumunun mazeret sebebi olabileceğini ileri sürer. Bu görüşü savunanlara göre; yanlış yorum *yetkili* organ ve memurların *resmi* beyanı sonucu ortaya çıkmışsa faile sorumluluk yüklenemez. Zira, bu gibi durumlarda şahıs, resmi makamların şuarsuz bir aleti haline girmiş olacaktır<sup>75</sup>. Bu görüşe göre, *emrin icrası* hukuka uygunluk sebebinin düzenleyen 765 s. TCK'nın 49.m.sinin (failin lehine olduğu için) genişletici yorum yoluyla böyle durumlara da uygulanması gerekir. Bu gibi hallerde, hukukî hata iyi niyetten doğar ve artık *yenilemez* bir hatanın varlığı söz konusudur. Bu durumu da mücbir sebeple eşit tutmak gerekir<sup>76</sup>. Bu görüşün 5237 s. TCK'daki karşılığı da m. 24 olmak gerekir. Belirtmek gerekir ki böyle bir mazeretin ortaya çıkması da ancak yetkili bir organ tarafından verilen resmi bir görüşün varlığı halinde söz konusu olabilir. Yetkisi olmayan bir devlet memurunun yanlış yorumu sonucunda ortaya çıkacak bir hukukî hatanın mazeret sayılıp sayılmayacağı ile ilgili bir görüşe göre, böyle bir hata hiçbir zaman mazeret olarak kabul edilemeyecektir<sup>77</sup>. Kanımızca burada, 24. maddede düzenlenen "kanunun hükmü ve amirin emrinin icrasının" kullanılması mümkün değildir. Öncelikle faile kanun tarafından verilmiş bir hak, bir başka deyişle bir kanun hükmünden söz etmemiz mümkün değildir. İkinci olarak emrin icrası çerçevesinde de bu hüküm kullanılamaz. Çünkü emrin icrasının birinci şartı olan kamu hukukuna dayalı bir ast-üst ilişkisi burada mevcut değildir. Kaldı ki, bu hükmün bu denli geniş yorumlanarak uygulanmasının oldukça aşırı bir yorum olacağı görüşündeyiz. Bunun yerine, İtalyan Yargıtayı tarafından benimsenen iyi niyet mazeretinin (ki İtalyan Yargıtayı bu mazereti yalnızca kabahatler bakımından geçerli kabul etmektedir) kabul edilmesi mümkün olduğu gibi, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin görüşünün de izlenmesi

<sup>74</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 158.

<sup>75</sup> Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 200.; Dönmezer - Erman, C. I, s. 198.

<sup>76</sup> Dönmezer- Erman, C. I, s. 198.

<sup>77</sup> bkz. Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 201.

mümkündür. İtalyan AYM, 24 Mart 1988 tarihli ve 364 sayılı kararıyla İCK m.5'te yer alan ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılmayacağı hükmünü yalnızca önlenebilir bilmemelerle sınırlandırmıştır. Bu doğrultuda, hükmün katılığı da büyük ölçüde giderilmiştir<sup>78</sup>. Sonuç olarak, resmi makamların beyanlarına karşılık kişilerin bir zorunluluk halinde kaldıklarını kabul etmek yerine ilkenin, önlenebilir bilmemenin mazeret sayılmaması ile sınırlanması daha isabetli bir çözüm olacaktır kanısındayız.

Resmi makamın beyanından kaynaklanan hukukî hata ve bilmeme ile ilgili olarak Alman hukukundaki baskın görüş farklıdır. Genellikle kabul edilen görüşe göre, failin daha önce davranışlarının hukuka uygun olduğu konusunda tavsiye (görüş) almış olması, bu tavsiyenin, tarafsız, bilgili, söz konusu tavsiyeyi görevi gereği veren ve somut olayla ilgili hiçbir bireysel çıkarı olmayan bir kişiye danışılması halinde failin sorumluluktan kurtulacağı kabul edilir. Ancak, bu görüşün inanılabilir bir görüş olması ve yetkili bir kişi tarafından verilmesi şarttır<sup>79</sup>.

Resmi makamların bir *ihmali* sonucunda ortaya çıkan hata ile ilgili olarak temelde iki farklı görüş söz konusudur. Birinci görüşe göre, resmi makamların ihmalinin neden olduğu hata dolayısıyla suç işlenmesi halinde fail bu durumu bir mazeret olarak ileri süremez. Çünkü, resmi makamlara kanuna uyma, emirlerini yerine getirmeyi denetleme konusunda yetki verilmiş ve fakat kanunu tadil veya ilga konusunda herhangi bir yetki verilmiş değildir<sup>80</sup>. İkinci görüş ise, böyle durumlarda, failin hatasının mazur görülebileceğini kabul eder. Uygulamada konu ile ilgili bir birlik sağlandığı söylenemez<sup>81</sup>.

Kanımızca, resmi makamların beyanına dayanan hukukî hata ve bilmeme ile ilgili olarak Alman hukukunda baskın olan görüş ile kaçınılabilirlik ölçütü birlikte kullanılmalıdır. Resmi makamın beyanından doğan hukukî hatanın hiçbir koşulda mazeret sayılmayacağını kabul etmek yerine, failin, davranışlarının hukuka uygun olduğu konusunda tarafsız, bilgili, söz konusu tavsiyeyi görevi gereği veren ve somut olayla ilgili hiçbir bireysel çıkarı bulunmayan, yetkili bir görevliden, inanılır bir görüş almış olması halinde fail sorumluluktan kurtulabilmeli, kanunu bilmemeyi mazeret olarak ileri sürebilmelidir. Ancak, bunun için ayrıca failin bu hatasının kaçınılmaz hale gelmiş olması, etkin bir vicdan denetimi ile bile hatasını anlayamayacak olması gerektiği kanısındayız.

---

<sup>78</sup> Toroslu, s. 225.

<sup>79</sup> Youngs, Raymond, "Mistake of Law in Germany - Opening Up Pandora's Box", Journal of Criminal Law, 2000, s. 343.

<sup>80</sup> Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 201.

<sup>81</sup> Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 202.

#### D. HUKUKÎ HATANIN MAZERET SAYILDIĞI HALLER

Daha önce de belirttiğimiz gibi, değişen sosyo-ekonomik şartların getirdiği yeni suç tiplerinin günden güne artması, günümüzde herkesin kanunları bilmesini imkânsız kılar. Ceza hukukunun erken safhalarında, suç sayısı oldukça sınırlıydı. Belli mağdurlara karşı şiddet kullanma veya açık seçik ortada olan ahlâki yanlışlıklardan ibaret bir ceza hukuku düzeni vardı. Böyle bir düzende de herkesin kanunu bildiğini varsaymak çok daha mantıklıydı<sup>82</sup>. Günümüzde, böyle bir beklentinin varlığı halinde, ortaya adaletsiz sonuçlar çıkacağı ortadadır. Bu durum kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine istisnalar getirilmesi gerektiği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Makul ve mantıklı bir kimse gibi davrandığı halde hukukî hataya düşen bir kimsenin hiçbir şekilde bu durumu mazeret olarak ileri süremeyeceğini kabul eden görüşler olduğu gibi<sup>83</sup>, hukukî hatanın mazeret sayılmaması kuralının mutlak kabulü halinde adaletsiz sonuçlar ortaya çıkacağını kabul eden görüşler de vardır. Zira, toplum yaşamının her yönünü etkileyen ceza hukuku sistemiyle sarmalanmış çoğulcu bir toplumda, herkesin neyin suç olup olmadığını bilmesi beklenemez<sup>84</sup>. İstisnalarla ilgili farklı hukuk sistemlerinde çeşitli öneriler ve düzenlemeler ortaya çıkmıştır.

Hangi hallerde hukukî hatanın mazeret sayılması gerektiği konusunda çeşitli öneriler vardır. Ancak, bu hallerin incelenmesine geçilmeden önce, *makul hukukî hata* kavramı üzerinde kısaca durmak istiyoruz. En basit ifadesiyle makul hukukî hata, failin dikkatsizliği sonucu ortaya çıkmayan hukukî hatadır. Makul hukukî hata (*reasonable mistakes of law*), aslında, hukukî hatayı mazeret saymayan Common Law'un bir terimidir. Her şeyden önce, belirtmemiz gerekir ki makul hukukî hatalar da, kendi içlerinde *objektif makul hukukî hatalar* ve *sübjektif makul hukukî hatalar* olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmek gerekir. Zira bu iki farklı duruma farklı sonuçlar bağlanır. Bazı hallerde fail hukuk kuralını bilmeden hareket eder çünkü kuralın bütün bireylerin ulaşabileceği hale getirilmemesi söz konusudur. Kanunun basılmamış olması, failin bir yargı kararında yapılan yoruma dayanarak hareket etmiş olması, bir idari karara paralel hareket etmiş olması

<sup>82</sup> Fletcher, s. 731.

<sup>83</sup> Fletcher, s. 731. *Holmes*, hukukî hatanın mazeret olarak kabul edilmesi halinde kanunu bilmemenin cesaretlendirileceğini ve terazinin diğer tarafındaki bütün büyük çıkarlar yerine tek bir bireyin adalete kavuşmasının tercih edileceğini söyler. Burada, klasik kuralı faydacı bir bakış açısıyla savunan yazar, bireye adaletli davranılmasını da önemsemekte ancak, bireyin çıkarlarına karşılık toplumun çıkarlarının tercih edilmesini istemektedir. ( Bkz. Fletcher, s. 732). Hukukî hatanın mazeret sayılmasını şiddetle reddeden ikinci teori de *Hail*'in teorisidir. Hukukî hata durumunda kanun ile failin zihninde yarattığı kurgu arasında çok ciddi farklar olduğunu kabul eden *Hail*, hukukî hatanın mazeret sayılması halinde somut olayda failin ceza kanununun *öyle veya böyle* olduğunu düşüneceğini ve gerçekten kanunun failin zihninde oluştuğu gibi, *öyle veya böyleymiş gibi* uygulanacağını söyler. Ancak yazara göre böyle bir doktrin, bir hukuk sisteminin temel gereksinimlerine ters düşecektir. ( Bkz. Fletcher, s. 733).

<sup>84</sup> Fletcher, s. 732.

veya kanunun bir başka şekilde resmi bir makam tarafından yanlış yorumlandığı hallerde olduğu gibi, fail ve diğer bireyler, kuralı bilebilecek durumda olmayabilirler. Bu hallerde de karşımıza *objektif makul hukukî hata* çıkar. *Husak* ve *von Hirsch*, böyle durumların söz konusu olması halinde hukukî hatanın mazeret sayılmasının, failin kusurlu olmamasına dayandırılmak yerine, *kanunilik ilkesine* dayandırılması gerektiğini kabul ederler. Böylelikle, yaptığı hareketin zarar verici nitelikte olduğunun farkında olan bir fail bile ceza almaktan kurtulur. Kanunilik ilkesi, kusurlulukla ilgili kavramlardan farklıdır. Bu doğrultuda kanunilik ilkesi, iyi niyetli kişilere karşı ileri sürülebileceği gibi, kötü niyetli kişilere karşı da ileri sürülebilir. Temel düşünce, bütün bireylerin neyin cezalandırıldığına dair açıkça bilgilendirilmiş olması gerekliliğinin yerine getirilmesidir. Eğer bu şart yerine gelmediyse, fail cezalandırılmayacaktır. Bir başka deyişle, makul hukukî hataya düştüğü için, hukukî hatası mazeret sayılacaktır. Ancak, Alman hukuku bu görüşü reddetmektedir. Kaçınılması mümkün olmayan hukukî hatanın varlığı hallerinde hukukî hatayı mazeret sayan Alman hukuku, bunu ancak failin makul bir nedenle bilgi sahibi olmadığı hallerde kabul eder. Bu mazeretin de kusurluluk teorisi temeline dayandığını düşünürsek, her zaman makul objektif hukukî hata halinin söz konusu olmadığından, Alman teorisine dayanan kaçınılabilir olup olmama ölçütünün makul objektif hukukî hata bakımından çalıştırılmayacağı görürüz. Bazı hallerde ise yasak bilinebilir olduğu halde fail, kendi bulunduğu koşullardan dolayı, öğrenebilecek durumda olmayabilir. Bu durumlar ise *sübjektif makul hukukî hata* olarak adlandırılan hallerdir. Sübjektif makul hukukî hatanın söz konusu olduğu durumlarda bu hatanın mazeret sayılması, iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır: Birincisi failin, failinin zararlı olduğunu bilmemesidir. İkincisi ise hukuk kuralını bilmemesinin gerçekten makul bir sebepten ileri gelmesidir<sup>85</sup>. Kabul etmek gerekir ki bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi ihtimali az olduğundan, sübjektif makul hukukî hatanın istisna sayılması halleri de oldukça azdır. Ancak, makul hukukî hata kavramına ev sahipliği yapan Common Law bakımından bu durum zaten tercih edilen bir durumdur. Zira, bu sisteme göre, hukukî hatanın mazeret sayıldığı haller zaten oldukça az sayıda olmalıdır<sup>86</sup>.

İstisnalar ile ilgili tartışmalarda en çok üzerinde durulan konulardan biri, hatanın *kaçınılabilir* olmasıdır. Kaçınılabilirlik meselesi, somut olayın özellikleri ve failin kişisel özellikleri ışığında, yaptığı bu failin hukuka aykırı olduğunu değerlendirme konusunda daha dikkatli olmasının beklenebilir beklenemeyeceği ile ilgilidir<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Konunun ayrıntılı değerlendirmesi ve örnekler için de ayrıca bkz. *Husak - von Hirsch*, s. 168 vd.

<sup>86</sup> *Husak - von Hirsch*, s. 170.

<sup>87</sup> *Fletcher*, s. 744.

Hatayı kaçınılabilir olarak nitelendirip buna bağlı olarak faili de sorumlu kılan hata ipotezlerinin birçoğu, kuralın *bilenebilir* olmasına dayanır. Kuralın bilenebilir olması da failin, bilerek veya taksirli olarak kuralı öğrenmemesi halinde söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda failin kusurlu sayılması ve cezalandırılması mümkün olacaktır<sup>88</sup>. Alman Yargıtay'ı, konu ile ilgili olarak, eylemi gerçekleştiren kişinin, kendisinden beklenen vicdan denetimini yerine getirmesine karşın, eylemin haksızlığını görmemiş olması halinde, hukuki bilmeme ve yanılmanın kaçınılmaz olduğu görüşündedir. Böyle bir durumda fail, kusurlu hareketinden dolayı kınanamaz. Failin, dürüst bir vicdan denetimi ile eyleminin haksızlığını bilecek durumda olması halinde, eylemin yasak olduğunu bilmeme kusuru kaldırmaz<sup>89</sup>.

Kaçınılabilirlikle ilgili bir diğer ölçüt, *beklenebilirliktir*. Failin ihlal ettiği kuralın varlığını bilmesi *beklenebilir* değilse, failin isteseydi o hatadan kaçınabileceğini söylememiz de mümkün olmaz. Elbette ki herhangi bir davada bir failin o kuralı bilmesinin beklenemeyeceğine karar verilmiş olması, kuralın içeriğini değiştirmeyecektir. Eğer fail, makul bir sebeple kuralın varlığından haberdar değilse, bilmesi de beklenemiyorsa, bu durum fiiline mazeret oluşturacaktır<sup>90</sup>.

Kaçınılabilirlikten başka, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin katılığını gidermek amacıyla sunulan önerilerden biri de, *bilenebilirlik* ölçütünün kullanılmasıdır. Bu görüşe göre, kanunu bilmemek, ancak onu bilmek olanağı olan durumlarda mazeret sayılamaz. Dolayısıyla, kusurlu veya önlenebilir bilmeme mazeret sayılmayacak, önlenebilen veya hoş görülebilen bilmeme ise mazeret oluşturacaktır. Ancak, sorunun bilenebilirlik ölçütü ile çözülmeye çalışılması yeterli değildir. Öncelikle, bu çözüm bizi işlediği fiilin sosyal değersizliğini bildiği halde ihlal ettiği kanunu bilmeyen failin kusurlu ve kınanabilir olmadığı sonucunu kabule götürdüğünden yeterli değildir. Ayrıca, teorik anlamda bir bilenebilirlik içerdiğinden dolayı da eksiktir ve çoğu zaman aldatıcı sonuçlar ortaya çıkmasına sebep olma olasılığı vardır<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 157.

<sup>89</sup> Centel - Zafer - Çakmut, s. 433. Buna karşılık, kaçınılmaz bir hatanın varlığı halinde, kişinin gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı sorumlu tutulamayacağını, işlenen fiilin haksızlık teşkil etmesi halinde artık *kastın* varlığından söz etmenin mümkün olamayacağını kabul eden bir görüş de vardır. (Bu görüş için bkz. Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008 s. 416).

<sup>90</sup> Fletcher, s. 734.

<sup>91</sup> Toroslu, s. 224-225.

Bir istisna olarak, ceza normlarının faile atfi mümkün olmayan bir sebepten dolayı bilinmemesi durumunda, ceza normları dışındaki kanunları bilmemede olduğu gibi, fiilî hata yolundan yararlanılarak, faili mazur görmek çözümü de düşünülebilir. Nitekim Yargıtay da bir kararında, kanunu öğrenmenin olağanüstü bir imkânsızlıktan dolayı yerine getirilmemesini mazeret saymıştır<sup>92</sup>. Gerçekten, kanunun bilinmemesindeki maddi imkânsızlığın ispatı halinde faile ceza verilmemelidir. Yargıtay, konu ile ilgili bir kararında Türkiye'ye yeni gelmiş bir yabancıнын Türkçe bilmemesi nedeniyle kanunu öğrenmesindeki imkânsızlığı göz önünde bulundurarak, faile ceza verilmemesi gerektiğini hükme bağlamıştır<sup>93</sup>. İtalyan Anayasa Mahkemesi, verdiği bir kararda, bu ilkenin, “önüne geçilemez veya önlenemez” bir bilgisizlik olmadıkça ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılamayacağı biçiminde anlaşılması gerektiğini karara bağlamıştır. Bu demektir ki, failin içinde bulunduğu koşullar bakımından, önlenmesi imkânsız olan bir bilgisizliğin söz konusu olması halinde kanunu bilmemek mazeret sayılacaktır. Bundan dolayı da fail, fiilinde kusurlu olmayacaktır<sup>94</sup>.

Hukuku bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine istisna oluşturup oluşturamayacağı tartışılan bir diğer konu da devletin yargı organları dışında kalan organlarının, yaptığı yorumu esas alarak, aslında suç oluşturan bir fiil işleyen failin kusurluluğu konusudur. Devlet organlarının kanunu yorumlaması konusuna yukarıda ayrıntılı olarak değinilmiştir.

Devlet görevlisi olmadığı halde kanunu yorumlama konusunda uzman olan bir kimsenin yaptığı yorumu esas alarak suç işleyen kişinin durumu da buna benzeyen, ancak yorumu yapanın devlet görevlisi olmaması dolayısıyla farklı bir durumdur. Bir avukatın verdiği yanlış bilgiye dayanarak da bir kimse sorumluluktan kurtulamaz<sup>95</sup>.

Failin, daha önce verilen bir mahkeme hükmüne dayanarak hareket etmesi de istisna oluşturup oluşturamayacağı üzerinde durulmuş bir konudur. Kural olarak, böyle bir durumda ceza sorumluluğunun ortadan kalkacağı kabul edilmemelidir. Çünkü, her hüküm yalnızca olaya konu olan somut durum bakımından geçerli olabilir ve genel etkiye sahip değildir. Ayrıca mahkeme kararları değişebilir ve yargıçların da yasa koyucu gibi algılanmaları doğrudur<sup>96</sup>.

İstisnalar ile ilgili olarak üzerinde duracağımız son konu, kanunun uzun süre uygulanmamış olması durumudur. Kanunun uzun süre uygulanmamış olması geçerliliğini etkileyecek midir? Kabul etmek gerekir ki, bu durum

---

<sup>92</sup> Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 204.

<sup>93</sup> Demirel, s. 104.

<sup>94</sup> Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 298.

<sup>95</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 158.

<sup>96</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 158.

failin kusurluluğunu etkilemez. Dolayısıyla, hukuku bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine de bir istisna oluşturmaz. Ancak, böyle bir durumu, kusurluluğu azaltan bir hal olarak kabul etmek ve faile verilecek cezada indirim yapılması yoluna gitmek mümkündür<sup>97</sup>.

Hukukî hatanın gerçekleştiği bir durumda, mahkemenin, failin kanunu ihlal etmek konusundaki sorumluluğunu dikkate almaksızın faile cezai sorumluluk yüklediğini kabul etmek gerekir. Burada kullanılan terim, normatif anlamda kusurluluktur. Kusurluluk terimi yalnızca, *yasayı ihlal etmeye yönelik bir niyete sahip olma* olarak anlaşılıyorsa, iyi niyetli de olsa hukuka aykırı hareket eden bir kimse kusurlu sayılmalıydı. Öte yandan, kusurluluğun yalnızca bir niyet okuma problemine dönüştürülmesi de örneğin yetkili bir kimseden Alman hukuki görüşe göre hareket eden failin cezalandırılmasının adil olup olamayacağı sorununa çözüm değildir. Bu doğrultuda, adil bir çözüm için, öncelikle failin kanunu ihlal etmekten kaçınmaya fırsatı olduğunu kabul edebiliyor olmak gerekir. Ancak o zaman hukukî hatanın kusurluluğa etkisi doğru bir şekilde tartışılacaktır<sup>98</sup>.

Hukukî hatanın mazeret sayıldığı istisna halleri, hukukî hatanın suça etkisi konusuyla da yakından ilgilidir. Şöyle ki, hukukî hatanın mazeret sayılacağı kabul edilen istisna hallerinde artık hukukî hatanın suça etkisinden söz etmemiz mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, denilebilir ki, hukukî hatanın mazeret kabul edildiği istisnaların varlığı söz konusuysa, o noktada hukukî hatanın suça etkisi de yoktur. Hukukî hatanın suça etkisi konusuna ileride ayrıntılı olarak değineceğiz.

### III. HUKUKİ HATANIN SUÇA ETKİSİ

#### A. GENEL OLARAK

Bir hükmün ceza kanunu içerisinde düzenlendiği yer, hükmün yorumunda bazı kısıtlamaları beraberinde getiriyor olsa da, hükmün esasını anlamada büyük ölçüde bir etkisinin bulunmadığını söylememiz mümkündür. Dolayısıyla, hukukî hatanın da kanunda düzenlendiği yerin yorumda belirleyici bir unsur olmaması gerekir.

Hukukî hata, Alman doktrininde tartışılmaya başlandığında, konu birkaç temel soru üzerinden değerlendirilmiştir. Bu sorular; “Mahkeme, neden bir hukuki bilmemeyi dikkate almalıdır?” sorusu, “Hatanın, suç tanımının analiziyle, kusurluluk ve cezalandırılabilirlikle ilgisi nedir?” sorusu ve son olarak “Kusurluluğun normatif ve psikolojik anlayışlarıyla

<sup>97</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 158.

<sup>98</sup> Fletcher, s. 731.



hukukî hatanın mazeret sayılıp sayılmamasının nasıl bir ilgisi vardır?" sorularıdır<sup>99</sup>.

Bu soruların suçun manevi unsuru ile ilgili olarak tartışılmaya başlanması sonucu iki önemli ekol karşımıza çıkar: Birincisi, haksızlık bilincinin, kastî davranışın bir önşartı olduğu varsayımından hareket eden *kast teorisi*<sup>100</sup>, İkincisi de hukukî hatanın failin normatif kusurluluğuyla ilgili olduğu varsayımından hareket ederek daha geniş bir perspektiften bakan *kusur teorisi*dir. İkinci teori, kasten hareket etmekle kusurlu hareket etmeyi birbirinden kesin olarak ayırır<sup>101</sup>. Kanaatimizce, kast teorisi ile kusur teorisini birbirinden ayıran temel nokta da, kastın içeriğine bakış açılarıdır. Kastın, hukuka aykırılık bilincini de içerdiği kabul edilirse kast teorisi benimsenir. Buna karşılık kastın hukuka aykırılık bilincini içermediği, suçun unsurlarını bilme ve istemenin kasten hareket etmek için yeterli olduğu düşüncesi bizi kusur teorisine götürür. Kast teorisi ve kusur teorisi açıklanırken bu konuya ayrıntılı olarak değineceğiz.

Bu görüşlerden hareketle diyebiliriz ki, hukukî hata, kanunun hangi bölümünde düzenlenirse düzenlensin, suç genel teorisi içinde suçun manevi unsuru ile ilgilidir. Başka bir deyişle, kusurlulukla bağlantılıdır.

Bir görüşe göre, hukukî hata, ceza hukuku kaynaklarının bağlayıcı gücünü ilgilendiren bir konudur. Ceza hukuku kaynaklarının, bu kaynakları bilmeyen veya yanlış anlamlandıran kişiler bakımından da sonuç doğurdukları gerekçesiyle, bu konunun kusurluluğu değil, ceza hukukunun kaynaklarını ilgilendirdiği ileri sürülmüştür<sup>102</sup>. Bu görüşe göre hukukî hata, ceza hukuku kaynaklarının yürürlüğe girişi bakımından önemlidir. Ceza hukuku kurallarını ihlal eden kişilerin sorumluluğu, ceza hukuku kurallarının bilinmemesi ile ortadan kalkabilirse, kuralın yürürlüğü bakımından sadece yayın ve ilan yeterli değildir, yayın ve ilanla birlikte kaynakların bilinmesine de ihtiyaç duyulur<sup>103</sup>. Bir kere, bu görüşün hareket ettiği noktada hata vardır. Ceza hukuku kurallarının bilinmemesi, kişilerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Hukuku bilmemenin mazeret sayılmayacağını ifade eden temel ilke de bunu vurgular. Dolayısıyla, ceza kurallarının uygulanabilmesinin, kaynakların bilinmesine bağlı olduğunu, bu nedenle de kusurlulukla ilgili değil, kaynaklarla ilgili olduğunu kabul etmek mümkün değildir<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> Fletcher, s. 743.

<sup>100</sup> Fletcher, s. 742-743.

<sup>101</sup> Fletcher, s. 743.

<sup>102</sup> Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. II., İstanbul 1997, s. 314. (C. II.).

<sup>103</sup> Dönmezer-Erman, C. I, s. 192.

<sup>104</sup> Ceza normunun nitelikleri ile ilgili bilgiler bu noktada aydınlatıcı olabilir. Bu çerçevede,

Sonuç olarak, doktrinadaki baskın görüşe katılıyoruz. Bu doğrultuda, hukukî hatanın kusurluluğa etki eden nedenlerden biri olduğunu kabul ediyoruz. Hukukî hatanın doğrudan kusurluluğu mu yoksa yalnızca kusurluluğun bir türü olan kastı mı kaldırdığı konusu ise tartışmalıdır. Bu konu ile ilgili olarak ortaya atılan teoriler *kast teorisi(vorsatztheorie)* ve *kusur teorisi (schuldtheorie)* dir.

## B. KAST TEORİSİ

Kast teorisine göre, hukukî hata durumunda ortadan kalkan failin kusurluluğu değil, kusurluluğun bir çeşidi olan kasttır. Hukukî hata durumunda artık kasti bir suçun cezalandırılması mümkün olmayacaktır<sup>105</sup>. Kast teorisi, hukukî hatayı fiilî hata gibi değerlendirilerek, fiili yasaklayan normun bilinmediği durumlarda kastın gerçekleşmediğini kabul eder. Bu teoriye göre, fiilin suç olduğunu bilmeyen kimse *haksızlık bilincine* sahip değildir ve bu kimsenin yaptığı hatanın kaçınılmaz olması durumunda bile fiilinden kasten sorumlu tutmamız mümkün değildir. Böyle durumlarda, kanunda öngörülmüşse, suçun taksirli şeklinden dolayı cezai sorumluluk söz konusu olur<sup>106</sup>. Bu teoriye göre ceza normunun yasak koyan kısmı ile ilgili bilgisizlik, kural olarak kast derecesindeki kusurluluğu da ortadan kaldırır. Ceza normunu bilmediği halde cezalandırılan bir kişi, çağdaş ceza sorumluluk sisteminin gereklerine aykırı olarak cezalandırılmış olur<sup>107</sup>.

Hukukî hatanın kastı ortadan kaldırıp kaldırmadığını incelemeden önce, kısaca kastın unsurlarını hatırlamamızda fayda vardır. Doktrinadaki baskın görüşe göre kast, *bilme* ve *isteme* unsurlarından oluşur<sup>108</sup>. Burada yapılması gereken tartışma, kastın üzerinde uzlaşmış olan bilme ve isteme unsurları ile ilgili değildir. Buradaki sorun, *hukuka aykırılık bilinci* ve *haksızlık bilinci* konularının tartışılmasıdır.

Hukuka aykırılık bilinci, failin, davranışının hukuka aykırılık oluşturduğunu bile bile suç olan hareketi yapmasıdır<sup>109</sup>. Kural olarak, hukuka aykırılık bilinci, kasta dahil değildir. Kastın kabulü için *hukuka aykırılık*

---

“Normun” bağlayıcılığı ve zorlayıcılığı ile ilgili olarak bkz. Keyman, Selahattin, Hukuka Giriş, Ankara 2005, s. 37; Ceza normunun emrîlik özelliği ile ilgili olarak bkz. Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 5; Hafizoğulları, Zeki, Ceza Normu, Ankara 1996, s. 80-132; Toroslu, s. 5.; Ceza normunun herkese uygulanması konusunda bkz. Toroslu, s. 35.

<sup>105</sup> Binavince, S. Emilio, “The Structure and Theory of the German Pénal Code”, The American Journal of Comparative Law, C. 24, S. 4, Sonbahar 1976, s. 601.

<sup>106</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 151.

<sup>107</sup> Centel - Zafer - Çakmut, s. 433.

<sup>108</sup> Centel - Zafer - Çakmut, s. 380; Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 264 vd. ; Toroslu, s. 180 vd.

<sup>109</sup> Centel, s. 380.

*bilincinin* gerekli olmadığını ileri süren görüş, kastın bilme ve isteme unsurlarından oluştuğunu savunur<sup>110</sup>. Hukuka aykırılık bilinci, davranışın sosyal bakımdan zararlı olduğunu, ahlaka aykırı olduğunu bilmek olarak anlaşılmalıdır. Fiilin, toplumsal düzenin gereklerine aykırı olduğunu ve bundan dolayı da hukuk düzenince yasaklandığını, bu tür fiiller için bir hukuk normu öngörüldüğünü bilmek gereklidir<sup>111</sup>. Öte yandan, bir görüşe göre, istisna oluşturan bazı durumlarda, failin hukuka aykırılık bilinci içinde hareket etmiş olup olmadığı, kastın kabulü için aranabilir. Bu durumlar, olayın özelliklerine göre belirlenir<sup>112</sup>. Nitekim 765. s. Kanun döneminde de kastın ortaya konması bakımından Yargıtay'ın failde hukuka aykırılık bilinci aradığı ve bu bilincin bulunmaması durumunda da kasttan söz edilemeyeceği sonucuna vardığı kararlar vardır<sup>113</sup>.

Önceki dönemlerde, ceza hukukçuları failin ceza kanununa aykırı fiil işlediğinin bilincinde olmaması halinde kastın da bulunmayacağını düşünüyordu. Bugün de bu görüşü kabul eden yazarlar vardır. Bir görüşe göre, kastın varlığı için failin fiilinin hukukla çatışma içerisinde olduğunu bilmesi gerekli ve yeterlidir. *Hafizoğulları*, bu görüşü tutarsız bulmakta, fiilin haksız olduğunu bilmekle fiilin hukuka aykırılığını bilmenin özünde aynı şeyler olduğundan, failin fiilinin haksızlığını da bilmesi gerektiğinin ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır<sup>114</sup>. Fiilin hukuka aykırılığının bilinmesi durumunda artık ayrıca haksızlığının da aranmasının gerekmediği noktasında yazara katılıyoruz. Ancak, fiilin haksız olduğunu bilmemek ile hukuka aykırılığını bilmemenin aynı olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.

Doktrindeki bir görüşe göre, hukuka aykırılık bilinci, kastın kabulü bakımından gereklidir. Ancak, kastın varlığı iddiası ile somut olayda, failin hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmediği iddiasının ispatı birbirinden farklıdır. Kast, varlığını iddia eden tarafa ispat yükü yüklerken, hukuka aykırılık bilinci, olayın özelliği sebebiyle, bulunmadığını ve kastın bu sebeple oluşmadığını iddia eden tarafa, yani faile ispat yükler<sup>115</sup>.

Kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda hataya düşmesi durumunda ise *haksızlık yanılıgısı* söz konusu olur. Bir görüşe göre fail

---

<sup>110</sup> Önder, s. 302.

<sup>111</sup> Meran, Necati, “*Türk Ceza Kanununda Yasak Hatası*”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 32, Nisan 2009, s.

66.

<sup>112</sup> Önder, s. 304.

<sup>113</sup> Önder, s. 303; Centel - Zafer - Çakmut, s. 382 (133 No. lu Dipnot.).

<sup>114</sup> Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 270.

<sup>115</sup> Önder, s. 303-304.

haksızlık yanılığı içerisinde bile olsa, bu durum kasta etkili olmaz. Çünkü haksızlık yanılığı, kusurlulukla ve kusurluluğun bir unsuru olan anlama ve isteme yeteneği ile ilgilidir<sup>116</sup>. Bu yöndeki bir başka görüş, kusurluluk açısından önemli olanın bir kimsenin fiilinin hukuken tasvip edilemez bir fiil olduğunun bilincinde olması olduğunu, işlenen fiilin pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir bir fiil olarak tanımlanmış olduğunu bilmesinin gerekmediğini, haksızlık teşkil ettiğini bilmenin yeterli olacağını ve bu hususun da algılama yeteneği ile ilişkili olduğunu kabul etmektedir<sup>117</sup>. Bu görüşlerden hareketle, haksızlık yanılığının kusurun bir unsuru olarak kabul edilen isnat yeteneği ile ilgili olduğu, bu durumlarda da kastın varlığını sürdürdüğü ve bu halde kusurluluğun ortadan kalkacağı sonucuna varmak mümkündür. Böylelikle hukukî hatanın kusurluluğa etkisi bakımından kast teorisinin yerini kusur teorisine bırakmasına zemin hazırlanmış olur.

Kusurluluk açısından önemli olan, kişinin işlediği fiilin hukuken tasvip edilmez bir fiil olduğunun bilincinde olmasıdır. Fiilin, pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir bir fiil olarak tanımlanmış olduğunu bilmesi gerekmez. Kaldı ki, haksızlık oluşturduğunun bilincinde olan bir failin cezai sorumluluğu olup olmadığının araştırılmasına da gerek yoktur<sup>118</sup>. Burada, bir fiilin “*hukuken tasvip edilmez*” olduğunu bilmekle “*işlenen fiilin pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir*” bir fiil olduğunu bilmek arasında nasıl bir fark gözetildiği sorusu akla gelir. Konunun devamında, kişinin işlediği fiilin *maddi hukuka* (toplumda geçerli olan değerler sistemi) aykırılık arz ettiğini bilememiş olabileceği, bu durumda da haksızlık yanılığının söz konusu olacağı, hukuka aykırılığın bilinmemesi halinde de kastın varlığını devam ettireceği, böylelikle haksızlık yanılığının kastın varlığına etki etmeyerek yalnızca kusurun belirlenmesinde rol oynayabileceği anlatılmaktadır<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Artuk - Gökçen- Yenidünya, s. 695. Belirtmemiz gerekir ki, bu görüşe dayanak oluşturan, isnat yeteneğinin kusurluluğun bir unsuru olduğu görüşüne katılmıyoruz. Nitekim, isnat yeteneğini kusurluluğun bir önşartı olarak kabul eden bu görüş, isnat yeteneği yerine kusur yeteneği terimini kullanmaktadır. Alman doktrininde yaygın olan ve Türk ceza hukuku doktrininde de taraftar bulan bu anlayışın aksine isnat yeteneği, failin özelliklerinden biri olarak, failin kimliğine ilişkin bir husus olarak değerlendirilmelidir. Isnat yeteneği ile ilgili görüşler için bkz. Toroslu, s. 345 vd. , Hafizoğulları - Özen, s. 403 vd. , Centel - Zafer - Çakmut, s. 350 vd. , Önder, s. 271 vd. , Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 317 vd.

<sup>117</sup> Özgenç, s. 414-415.

<sup>118</sup> Özgenç, s. 414.

<sup>119</sup> Özgenç, s. 415.

Soyut olarak haksızlık yanılığısından söz etmemiz mümkün değildir. Ancak belli bir fiilin haksızlık teşkil edip etmediği hususunda bir yanılığın varlığından söz edebiliriz. Bir kimse ancak işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunun, bir haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olabilir<sup>120</sup>. Özellikle, kusurluluğun normatif anlayışı, kastın varlığı için fiilin unsurlarını bilme ve istemeyi yeterli bulmaz. Fiilin unsurlarını bilme ve istemenin yanında, müşterek hayatın gereklerine aykırı olarak başkalarına zarar verme, kötülük yapma bilinci, fiilin değersizliği ve hareketin haksızlığı bilinci de kastın varlığı için aranan unsurlardır<sup>121</sup>. Kastın varlığı için, kural olarak, antisosyal bir davranışın yapıldığının bilinmesi gereklidir. Ancak kanunun koyduğu yasağı bilmesine rağmen, davranışının toplumsal değerini anlayamayan failin kastla hareket ettiğini kabul etmek gerekir<sup>122</sup>.

Hareketinin toplum nazarında bir haksızlık oluşturduğunun bilincinde olan, iyiyi kötüden ayırabilen failin, fiilinin herhangi bir pozitif hukuk metni ile cezalandırılabilir olduğunu bilmesi gerekli değildir. Dolayısıyla, *haksızlık yanılığının*, failin işlediği fiilin suç oluşturup oluşturmadığını bilme ile ilgisi de yoktur<sup>123</sup>. Bu doğrultuda *Toroslu*, hukukun bilinmemesi halinde mazur görülebilecek bir bilmemenin var olup olmadığına bakılacağını, bilinebilirlik yoksa, antisosyallik bilincinin değerlendirileceğini ve antisosyallik bilincinin var olması halinde de kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı ilkesinin uygulanacağını kabul eder<sup>124</sup>.

Kastın kapsamı ile ilgili olarak yaptığımız bu tartışma, bizi haksızlık bilinci ve hukuka aykırılık bilinci arasındaki farka götürür. Nasıl ki *haksızlık* ile *hukuka aykırılık* birbirinden farklı kavramlar ise, *haksızlık bilinci* ve *hukuka aykırılık bilinci* de birbirinden farklıdır. Belirtmemiz gerekir ki, haksızlık ve hukuka aykırılık terimlerinin aynı kapsamı açıklamaya yönelik olup olmadığı tartışmalıdır. Bizim de kabul ettiğimiz bir görüşe göre, hukuka aykırılık terimi ile haksızlık terimi birbirinden farklıdır. Hukuka aykırılık, fiilin kurala aykırılığını ifade ettiği halde, haksızlık terimi fiil hakkında verilmiş olan bir değer yargısını ifade eden bir terimdir<sup>125</sup>. *Maggiore*, ceza hukukunda hukuka aykırılığı, *haksızlığın bir türü* olarak tanımlayarak bu farklılığı ortaya koyar<sup>126</sup>. Haksızlık bilincine sahip olma, antisosyal bir

---

<sup>120</sup> Özgenç, s. 416.

<sup>121</sup> Toroslu, s. 186.

<sup>122</sup> Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 271.

<sup>123</sup> Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 695.

<sup>124</sup> Toroslu, s. 228.

<sup>125</sup> Önder, s. 214.

<sup>126</sup> Katoğlu, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 21.

hareket yaptığının bilincinde olmayı da içeren kritik bir aşamadır<sup>127</sup>. Bu görüşlerden de anlaşılacağı gibi; haksızlık, başka bir deyişle fiilin antisosyalliği, bazı durumlarda hukuka aykırı durumları da içeren daha geniş bir kavramdır.

Hukuka aykırılık bilinci ile haksızlık bilinci arasındaki farkın ne olduğu konusundaki tartışmaya ışık tutması bakımından, *maddi hukuka aykırılık - şekli hukuka aykırılık* ayırımından kısaca bahsetmek faydalı olabilir<sup>128</sup>. Maddi hukuka aykırılık - şekli hukuka aykırılık ile ilgili olarak kısaca, fiilin kanunun bir emir ya da yasağını ihlal etmesi halinde şekli; bireysel ya da kolektif bir menfaati ihlal etmesi, tehlikeye sokması ya da normun amacına aykırılık oluşturması halinde maddi hukuka aykırılık ortaya çıkar denilebilir<sup>129</sup>. Görüldüğü gibi, maddi hukuka aykırılık ile biçimsel (şekli) hukuka aykırılığın kapsamaları birbirinden farklıdır. Her ikisinin de kapsamına giren belli bazı noktalar bulunmakla birlikte, kabul etmemiz gerekir ki, biçimsel (şekli) hukuka aykırılık ile öze ilişkin (maddi) hukuka aykırılık arasında tam bir uyum sağlanması çok uzak bir idealdir<sup>130</sup>. Maddi ve şekli hukuka aykırılığın tanımları, kapsamaları ve iki hukuka aykırılık arasında gerçekten bir ayırım yapılmasının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Çalışmamızın amaç ve kapsamı bakımından bu tartışmanın buraya aktarılmasını gerekli bulmuyoruz. Ancak, maddi hukuka aykırılıkla yakın ilgisi ortada olan *antisosyallik*<sup>131</sup> kavramından kısaca bahsetmemiz gerekir. Bir görüşe göre toplumsal bir değerlendirme olan antisosyallik kavramı, hukuka aykırılık kavramına göre daha geniş ve kapsayıcıdır. Kanunun korumadığı bazı varlık veya menfaatlerin ihlalinin söz konusu olması halinde de antisosyallikten bahsetmek mümkündür. Burada, hukuka aykırılığın da varlığı şart değildir. Özetle, “ Ceza hukukuna aykırılık, ceza kanunlarına aykırılık iken, antisosyallik, toplumun varlığı koşullarına aykırılıktır.”<sup>132</sup>.

Kastın varlığı için fiilin bilinmesinin ve istenmesinin yanında, ortak yaşamın gereklerine aykırı davranma, başkalarına zarar verme, bir başka

---

<sup>127</sup> Arzt, Gunther, “*The Problem of Mistake of Law*”, Brigham Young University Law Review, 1986, s. 719. (Mistake of Law).

<sup>128</sup> Maddi (öze ilişkin) hukuka aykırılık ve şekli (biçimsel) hukuka aykırılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Katoğlu, s. 36 vd.

<sup>129</sup> Katoğlu, s. 36.

<sup>130</sup> Toroslu, s. 228.

<sup>131</sup> Fiilin antisosyalliği burada fiilin “*haksızlığı*” anlamında kullanılmaktadır. Aynı görüş için bkz. Toroslu, s. 228.

<sup>132</sup> Katoğlu, s. 63. Ancak, doktrindeki bir görüşe göre, antisosyallığın, maddi hukuka aykırılık ile tamamen aynı görülmemesi gerekir. Antisosyallik, maddi hukuka aykırılıktan daha sınırlı bir kapsamı ifade eder. (Bu görüş için bkz. Katoğlu, s. 64.).

deyişle fiilin antisosyal niteliğinin bilincinde olmayı gerekli sayan anlayış, doktrinde bazı yazarlar tarafından da savunulmaktadır. Bununla beraber, failin, toplumdaki diğer insanlardan farklı olarak, fiilinin toplum yaşamının gereklerine ters düşmediğine inanması da mümkündür. Böyle durumlarda, hukukun kendi koyduğu kurallara karşı gelen faili hoş görmesi beklenemeyeceğinden failin, fiilin toplumun geneli tarafından antisosyal olarak kabul edildiğini bilmesi, kastın gerçekleşmesi için yeterli sayılacaktır<sup>133</sup>.

Özetle, hukuka aykırılık ile haksızlık kavramlarının birbirinden farklı olduğu ortadadır. Hukuka aykırılık biçimsel hukuka aykırılığı ifade eden bir kavram iken, haksızlık maddi hukuka aykırılığı ifade eden bir kavram olarak anlaşılmalıdır. Bu noktadan hareketle diyebiliriz ki, failde hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması, hukuk düzeninde fiiline ilişkin bir norm olduğunu, fiilinin bir suç olarak düzenlenmiş olduğunu bilmemesi olarak tanımlanır. Dolayısıyla, haksızlık bilinci de, failin fiilinin antisosyalliğini bilmemesi şeklinde tanımlanacaktır.

Kast teorisine eleştiriler yöneltilmiştir. Bir fiilin suç olduğunu bilmenin, fiilin maddi unsurlarını bilmemekle aynı sonucu doğurarak kastı ortadan kaldırdığını kabul eden bu teorinin bir ispat problemi yaratacağı ileri sürülmüştür. Gerçekten, failin fiili *haksızlık bilincine* sahip olarak işlediğinin her türlü makul şüphenin ötesinde ispat edilmesinin problem yaratabileceği açıktır<sup>134</sup>.

Bir görüşe göre, kast teorisine yöneltilen eleştirilerin esas dayanağı, kast teorisinin suçun unsurlarındaki yanılıyla haksızlık konusundaki yanılmayı aynı işleme tabi tutmasıdır. Oysa ki unsur yanılığı maddi vakiya ilişkindir. Öte yandan haksızlık yanılığı bir değerlendirme yanılığıdır<sup>135</sup>.

Kast teorisine yöneltilen eleştiriler karşısında, kast teorisini savunan yazarlar da çeşitli görüşlerle teorilerini savundular. Yazarların bir bölümü, failin hukuku bilmeme mazeretine ancak belli durumlarda sığınabileceğini söylemektedir. Bir başka gruba göre ise ceza kanununda değişiklik yapılarak taksirle de işlenebilen fiillerin kapsamının genişletilmesi ile bu sorun çözülebilecektir. Böylelikle, hataya düşmekte kusurlu olan kişiyi işlediği fiilin taksirli halinden sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Bu bağlamda ileri sürülen en ilginç teori, ceza kanununun bilinmemesinde taksirli olunmasını cezalandıran yeni bir suçun yaratılması gerektiği önerisidir. Ancak, bu öneri de, ilkenin amacının bireylerin ceza kanunlarını bilip bilmediklerini test

<sup>133</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 151-152.

<sup>134</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 152.

<sup>135</sup> Özgenç, s. 416.

etmek olmadığı, yalnızca kanunda suç sayılan bir fiilin işlenmesi halinde, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesine başvurulabileceği söylenerek eleştirilmiştir<sup>136</sup>.

Demek ki, kast teorisinin tutarlılığı ile ilgili tartışmalardan önce, hukuka aykırılık bilinci ile haksızlık bilinci arasındaki farkın altı çizilmelidir. Failin, fiilinin antisosyal niteliğini bilmesi, haksızlığın bilincinde olması, hukuka aykırılığın bilincinde olma ile aynı tutulamaz. Kastın varlığı için, yalnızca bilme ve istemeyi yeterli bulan görüş kabul edilirse, konunun hukukî hata ile bir ilgisi de kalmaz. Çünkü, haksızlık bilincinin yokluğu sonucunda kastın ortadan kalktığını, bunun da kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine bir istisna olduğunu iddia eden görüş burada geçerli olmaz. Kastın varlığı için fiilin antisosyal karakterinin de bilinmesi gerektiğini savunan görüşün kabul edilmesi halinde, kastın varlığı için fiilin antisosyal niteliğini bilme aranacak ve haksızlık bilincinin yokluğu, bir istisna oluşturacaktır. Bunun sonucu olarak da kanunu bilmeme bir mazeret olarak kabul edilebilecektir. Kanaatimizce, bu görüşün kabul edilmemesi gerekir. Daha önce de belirttiğimiz gibi haksızlığı bilmek veya bilmemekle hukuka aykırılığı bilmek veya bilmemek birbirinden farklı şeylerdir. Dolayısıyla, kanunu bilmemekle ilgili bir hükmün istisnası, haksızlığı bilmemekle ilgili bir hüküm değil, yine hukuka aykırılığı bilmemekle ilgili bir hüküm olmalıdır.

### C. KUSUR TEORİSİ

Kast teorisinin uygulamada yol açtığı sorunlar, bu sorunlardan dolayı failin mahkûmiyetinin zorlaşması ve *kusurluluğun normatif anlayışının* etkisi ile *kusur teorisi* ortaya çıkmıştır<sup>137</sup>.

Kusur teorisine göre, ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılmadığı şeklinde bir hüküm ceza kanununda bulunmasaydı, hukukî hata suçun manevi unsurunu, yani kusurluluğu kaldırarak ceza sorumluluğu üzerinde etkili olacaktı<sup>138</sup>.

Hukukî hatanın kaçınılabilir olması halinde kişi, gerçekleştirdiği fiil bakımından kasten hareket etmiştir. Öte yandan, yaptığı hatanın kaçınılabilirliğinden dolayı kusurunun azalabileceği de düşünülür. Kişi, fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilir veya bilmez. Bilmemesi durumunda

---

<sup>136</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 152.

<sup>137</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 153.

<sup>138</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 148. Manzini de, hukukî hatanın mazeret sayılmayacağını öngören kural konmamış olsaydı, kanunu bilmemenin suçun psikolojik unsurunu ortadan kaldıracağı görüşündedir (bkz. Ersoy, s. 252.).



yapılacak olan, bu bilmemenin kaçınılabilirliğinin araştırılmasıdır. Bu noktada da kaçınılabilirliğin derecesine göre kusurun derecesinin belirlenmesi söz konusu olacaktır. Bu da temel cezanın belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılabilir<sup>139</sup>.

Hukukî hatanın mazeret sayılması yeni, marjinal ve ayrı bir savunma değildir. Daha çok, kusurluluğun varlığı şartı ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası ceza hukuku sistemleri kusurluluğu, failin zihinsel durumu olarak kabul eder. Bunun içerisinde, hukuku bilmemenin varlığının da (veya taksir ile işlenen suçlarda böyle bir bilginin var olması olasılığının da) olduğu kabul edilir<sup>140</sup>.

Hukukî hata, suçun unsurlarına yönelik bir hata değildir. Yalnızca *hukuka aykırılığa* yönelik bir hatadır. Kast, yalnızca suçun unsurlarına ilişkin olabildiğine göre, böyle bir durumda da fail kasten hareket etmiş sayılacaktır. Burada ancak failin kusurluluğu üzerinde bir etkiden söz etmemiz mümkündür. Alman Ceza Kanunu 17. maddesinde kaçınılmaz bir hatanın söz konusu olması durumunda, failin işlediği fiilden dolayı kusurlu sayılmayacağını düzenleyerek açıkça bu teoriyi benimsemiştir<sup>141</sup>.

Kusur teorisi, hukukî hatayı, kastı kaldıran değil, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir neden olarak kabul eder. Bu teoriye göre hukukî hata kaçınılmaz olduğu takdirde kusurluluğu ortadan kaldırmakta ve mazeret sayılmakta, kaçınılabilir olması halinde ise kusurluluğu azalttığı için faile verilecek cezayı etkileyebilmektedir<sup>142</sup>. Kusur teorisinde, ceza kanununun bilenebilir olması yeterli olduğu için hatanın kaçınılabilir olması halinde faili fiili nedeniyle kasten sorumlu tutmak mümkündür. Çünkü, kişinin yaptığı hata nedeniyle kınanabilmesi, kusurlu sayılmasına yol açmaktadır<sup>143</sup>.

Belirtelim ki, kusur teorisi, hem uygulanmasının kolaylığı hem de tutarlılığı bakımından kast teorisi karşısında daha doğru bir teoridir. Hukukî hata durumunda da failin kasten hareket edecek olmasından dolayı, hukukî hatanın kast üzerindeki etkisinden değil kusurluluk üzerindeki etkisinden söz edileceği yönündeki görüşe biz de katılıyoruz.

Bununla birlikte, kusur teorisi, failin hatasının kaçınılmaz olması halinde, kusurluluğun ortadan kalkacağını da kabul ederek kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesine tutarlı ve uygulanabilir bir istisna getirmiş, ilkenin katılığını ortadan kaldırarak adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasını engellemiştir.

---

<sup>139</sup> Özgenç, s. 417.

<sup>140</sup> Arzi, Mistake of Law, s. 712-713.

<sup>141</sup> Binavince, s. 610.

<sup>142</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 153.

<sup>143</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 153.

5237 s. TCK ile kabul edilen teori de *kusur teorisidir*. Failin, fiilinin “haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi” halinde kast varlığını sürdürür ancak kusur ortadan kalkar. TCK 30.m.4.f. da yapılan değişikliğin gerekçesinde, “ Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması halinde, kişi kusurlu sayılamaz.” denilerek, hata halinde kusurluluğun ortadan kalktığı vurgulanmıştır.

#### IV. ALMAN CEZA HUKUKUNDA HUKUKİ HATA

Alman hukukunda hukukî hata konusunu incelemeden önce Alman ceza hukuku ile ilgili kısa bir açıklama yapmamız gerekir. Çalışmamızın konusu hukukî hata olsa bile, Alman doktrinindeki gelişmeleri ve sonuçlarını değerlendirmemiz için öncelikle Alman ceza hukukunun genel yapısını kısaca ortaya koymamız faydalı olacaktır. Alman hukukuna ilişkin olarak yapacağımız bu analizi isimlendirmek için kullanılan Almanca sözcük *Straftatsystemdir*<sup>144</sup>.

Common Law ülkelerinde suçun unsurlarıyla ilgili olarak iki parçalı sistem kullanılırken, Kıt’a Avrupası hukuk sistemlerinde genellikle üç parçalı sistem tercih edilir. Almanya, üç parçalı sistemin en bariz görüldüğü ülkelerdendir. Üç parçalı sistem mekanizmasının farklı versiyonları, manevi unsur üç basamaklı sistem içerisinde farklı yerlere yerleştirirler. Bir kısmı manevi unsur suçun tanımı kısmına yerleştirirken, bir başka görüş kusurluluk basamağına yerleştirir. Üçüncü bir görüş ise manevi unsur birinci ve üçüncü basamaklar arasında bölmeyi uygun bulur<sup>145</sup>.

İki parçalı sistemde suçun iki unsuru vardır. Bunlar maddi unsur ve manevi unsurdur. Maddi unsur, suç oluşturan davranışın dıştan görünen kısmını oluşturur. Manevi unsur ise suçun iç dünyaya yönelik kısmıdır<sup>146</sup>.

Üç parçalı sistemin basamakları, *tanım (tipiklik)*, *hukuka aykırılık* ve *kusurluluktur*. İki parçalı sistemden farklı olarak bu sistemde basamaklar arasındaki sıra da önemlidir. Birinci basamak, *hareketi, kuralın ihlalini, nedensellik bağı* ve *suçtan meydana gelen zararı* içerir. Bunlardan birinin yokluğu halinde failin cezai sorumluluğu söz konusu olmaz. Birinci safhanın

<sup>144</sup> Straftatsystem, Almanca’dan doğrudan çevirisiyle *suç-ceza sistemi* olarak Türkçeleştirilebilir. Ancak, konunun açıklandığı kaynakta, sözcüğün tam bir çevirisini yapmak mümkün olmadığı, en doğru çevirisiyle “ceza hukuku sisteminin analizi için genel yöntem” ya da kısacası “genel analitik yöntem” veya “ceza hukuku analiz sistemi” terimlerinin kullanılmasının mümkün olduğu açıklanmaktadır. Christopher, L. Russell, “Tripartite Structures of German Criminal Law in Germany and Other Civil Law Jurisdictions”, Cardozo Law Review, 2007, s. 2675.

<sup>145</sup> Christopher, s. 2676.

<sup>146</sup> Christopher, s. 2676.

unsurlarını yerine getiren failin, ikinci safhanın unsurlarını da yerine getirdiği varsayılır. Bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde hukuka aykırılık ortadan kalkar. Bir hukuka uygunluk sebebi yoksa, fail üçüncü aşamanın, kusurluluğun şartlarını yerine getirmiş olur. Ancak kusurluluğa etki eden herhangi bir nedenin varlığı halinde bu varsayım da ortadan kaldırılabılır<sup>147</sup>.

*Tatbestandın* Amerikan hukukundaki yaklaşık karşılığı “*elements of the offence*”, Türkçe’deki en yakın karşılığı “*suçun unsurları*”dır<sup>148</sup>. Bu ifade Alman hukukundaki kullanımında genellikle, failin fiilinin belirli ve bariz bir şekilde antisosyal olmasını da içerir<sup>149</sup>. Hukukî hata ile ilgili tartışmalar çerçevesinde Alman ceza hukukunun bizi en çok ilgilendiren noktası da budur. Zira, A1CK, daha sonra ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi fiilin “hukuka aykırılığı” konusunda kaçınılmaz hatadan bahsetmektedir. Alman hukukunda bunun fiilin antisosyal karakterini de içerir şekilde anlaşıldığı göz önünde bulundurulursa, TCK’na getirilen istisna hükmü ile ilgili problemlere ışık tutulabilir. Burada, tartışmayı TCK ile ilgili kısımda yapmak üzere yalnızca fiilin antisosyalliğine yapılan vurguya dikkat çekmekle yetineceğiz.

A1CK m. 15’e göre, Kanun’un taksirli sorumluluğu açıkça düzenlemediği durumlarda, yalnızca kasti hareket cezai sorumluluk doğurur. Temel olarak, İngiliz hukukundaki gibi, manevi unsurun (*mens rea*) kast biçiminde ortaya çıkması gerekir ki cezai sorumluluk da faile yüklenebilsin<sup>150</sup>. A1CK da kasti tanımlayan bir hüküm yoktur. Dolayısıyla manevi unsur ile ilgili bütün düzenlemelerden kastla ilgili sonuçlar

<sup>147</sup> Christopher, s. 2676-2677.

<sup>148</sup> Doktrinde *tatbestandın* kapsamı ile ilgili olarak bir görüş birliği mevcut değildir. *Yenisey - Plagemann tatbestand* kelimesini Türkçe’ye suç tipi olarak çevirmişlerdir. Yenisey, Feridun - Plagemann, Gottfried, 15 Mayıs 1871 Tarihli Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009, s. 514. Bir görüşe göre, suçun unsurlarını ifade eden *tatbestand*, bir başka görüşe göre *suçun kanuni unsurlarını* ifade eder. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise *tatbestandın* karşılığı *tipiklik* olmalıdır. Bu görüş için bkz. Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 39 vd. ; Keyman, Selahattin, “*Tipiklik ve Ceza Hukuku*”, AÜHFD, C. XXXVII, S. 1-4., 1980, s. 59-105; Önder, s. 166 vd. Belirtmek gerekir ki burada bahsedilen *tipiklik* kapsamı da, bizim anladığımız anlamı ile tipiklikten daha geniş kapsamlıdır. Bu görüşe göre *tatbestand* tipiklik anlamına gelir ve suç tiplerinin maddi unsurlarının gösterdikleri özellikler bu kavram altında değerlendirilir. Yani tipiklik, yalnızca suçun kanunda yer alan tanımını değil, doktrindeki baskın görüşe göre maddi unsura dahil olan sonuç ve nedensellik bağını da içerir. Dolayısıyla, her suça uyan ve her suçta bulunan maddi unsurları bulabileceğimiz soyut bir modeldir. Tipikliği suçun kurucu unsurlarından biri olarak kabul edip kapsamını da gereğinden fazla genişlettiğini düşündüğümüz bu görüşe katılmıyoruz.

<sup>149</sup> Naucke, s. 312. Kanımızca burada özellikle ifade edilmek istenen, suçun yasada ifade edilen unsurları yanında fiilin antisosyal karakterinin de suçun unsurları alt başlığı altında değerlendiriliyor olmasıdır.

<sup>150</sup> Bohlander, Michael, Principles of German Criminal Law, Oxford 2009, s. 59.

çıkarmakla yetinmemiz gerekir. Bu bağlamda, belki de Kanun'un en önemli maddesi 16.maddedir. Kusurluluğa ilişkin bütün kanun hükümlerinin değerlendirilmesi sonucunda ortaya iki önemli sonuç çıkar. Birincisi, suç işlendiği sırada, suçun kanundan kaynaklanan bir unsurunu bilmeyen kimse, kasti hareket etmiş sayılmaz. Böyle bir durumda, kasti hareketin bulunmadığı kabul edilir. İkinci olarak, suç işlendiği sırada, hata sonucu daha az bir ceza gerektiren bir düzenlemenin varlığını farz eden bir kimse, yalnızca daha az ceza gerektiren düzenlemeye bağlı olarak, kasten yaptığı hareketten dolayı cezalandırılır<sup>151</sup>.

1889 yılında Almanya'da hata meselelerine ilişkin iki temel kuralın uygulama alanı bulunduğunu görüyoruz. Birincisi, unsurlara ilişkin hataların kasten işlenen suçlar bakımından kastı ortadan kaldırdığı için bir mazeret olarak kabul edilmesidir. İkincisi ise hukukî hatanın tamamen *ilgisiz* kabul edilmesi, bir başka deyişle hiçbir koşulda mazeret kabul edilmemesidir<sup>152</sup>.

Alman hukukunda hukukî hata ile ilgili tartışma kast teorisi ve kusur teorisi taraftarları arasında yapılmaya başlandı<sup>153</sup>. Asıl çatışma, *Mezger* tarafından ileri sürülen ve farklı bir kast anlayışına dayanan görüş ile *Welzel* tarafından ileri sürülen, alışılmışın dışında kusur tanımı arasında oldu. Bu tartışma, sınırları sağlam bir şekilde çizilememiş olan suçun unsurları ile ilgili tartışmalardan da etkilendi. *Welzel*, Alman hukukundaki geleneksel üçlü ayrımı yeniden gözden geçirerek her unsura geleneksel anlamından farklı bir anlam yükledi. *Welzel*'in yapmış olduğu temel değişiklik, maddi unsur ve kusurluluk arasındaki sınırın değiştirilmiş olmasıdır. *Welzel*'e göre; kast ve taksir, kusurluluğun değil, maddi unsurun parçalandır. Yazar teorisini, yerleşmiş maddi unsur teorisinin eleştirisi ve yenilikçi bir hareket anlayışı üzerine kurmuştur. *Amaççı hareket teorisi* adı verilen bu teoride, her hareketin bir amaca yönelik olduğu kabul edilir. Amaç hareketin bir parçası olduğundan, amacı belirleyen kast da maddi unsurun parçasıdır, kusurluluğun değil. *Welzel*'in teorisinin altındaki felsefi temel, maddi unsuru kusurluluk ve hukuka aykırılıktan ayırmak ve böylece kastı da hukuka aykırılık bilincinden ayırabilmektir. Yazarın bu konudaki görüşleri önemlidir, çünkü bu görüşler Alman Yargıtay'ının 1952 yılında verdiği ve normatif teorisinin benimsenmesi ile sonuçlanan kararın felsefi temelini oluşturur<sup>154</sup>.

Dönemin birçok hukuk düzeninde olduğu gibi, 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu döneminde de hukuku bilmemenin mazeret sayılmayacağı kabul edilmiştir. Bir görüşe göre, o dönemde bu düzenlemenin amacı hukukî

---

<sup>151</sup> Bohlander, s. 60. İfade edilen bu durumların birincisi, fiilî hataya, ikincisi de dolaylı hukukî hataya örnek oluşturmaktadır.

<sup>152</sup> Fletcher, s. 738.

<sup>153</sup> Ryu - Silving, s. 448.

<sup>154</sup> Ryu - Silving, s. 449.

hatanın mazeret sayılmasını önlemek değil, ceza hukuku tarafından koyulan yasakların bilinmemesinin düşünülmemesidir<sup>155</sup>. Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi (Reichsgericht) nin çalışmalarını sürdürdüğü süre boyunca (1879 yılından 1945 yılına kadar olan dönem), hukukî hata ile ilgili olarak Alman mevzuatında hiçbir düzenleme yoktu. 1975 öncesinde Kanun'un, yalnızca fiilî hatayı düzenleyen açık hükmüne rağmen, hukukî hata yargı kararları ile bir mazeret olarak kabul edilmişti<sup>156</sup>. Yüksek Mahkeme, geleneksel ayrıma bağlı kalarak fiilî hata ve hukukî hatayı birbirinden ayırmış ve yalnız birincisinin kastı kaldırdığını kabul etmiştir. Ayrıca, ceza kanunu dışında kalan bir kanunun bilinmemesinden doğan hata da vatandaşın hukuk düzeninde yer alan bütün normları bilemeyeceği gerekçesi ile mahkeme tarafından mazeret sayılmıştır<sup>157</sup>.

Almanya'da I. Dünya Savaşı sonrasında, özellikle ekonomik yaşamın düzenlenmesiyle ilgili olarak devlet etkin bir rol oynamak zorunda kalmış, bundan dolayı ekonomi alanında ceza yaptırımlarına başvurma ihtiyacı da artmıştır. Sonuçta, geleneksel suçların yanında, tamamen yeni ve hızla gelişen bir alanda başka yasaklar da gündeme gelmiş ve her normal vatandaşın ceza hukuku kurallarını bildiği varsayımı gerçeği yansıtmaktan uzaklaşmıştır. Mahkemeler, bu gelişmeler karşısında kuralın kapsamını sadece moral değerlerle de çatışan geleneksel suçlarla sınırlamış ve diğer yasaklar ile ilgili olarak, kanunu bilmemeyi mazeret kabul etme eğilimini benimsemiştir<sup>158</sup>.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 1952 yılında verdiği kararı, Alman ceza hukukunda bir dönüm noktasıdır. 1952 yılında BGHSt 2,194 sayılı kararıyla Federal Mahkeme bazı hallerde hukukî hatanın da mazeret sayılması gerektiğine karar vermiştir. Bu ünlü kararında Mahkeme'nin sorduğu iki temel soru vardır: Birincisi, kusurluluk, fiille ilgili olaylara dayanan koşulların bilinmesi yanında, hukuka aykırılık bilincinin de aranmasını gerektirir mi? İkincisi, bu sorunun olumlu yanıtlanması halinde, kendi ihmali ile hukuka aykırılık bilincinden yoksun olan fail sorumlu olacak mıdır?<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 141. Bir görüşe göre, kanunu bilemeyecek olanlar yalnızca isnat yeteneği olmayan kişilerdir. Arzt, Mistake of Law, s. 713.

<sup>156</sup> Ryu - Silving, s. 450.

<sup>157</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 154.

<sup>158</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 142 ; Arzt, Gunther, "Ignorance or Mistake of Law", The American Journal of Comparative Law, C. 24, S. 4, Sonbahar 1976, s. 650. (Ignorance), Fletcher, s. 741.

<sup>159</sup> Ryu - Silving, s. 450.

Kararda, *daha eski* suçlar bakımından hatanın pek muhtemel olmayacağı, ancak günümüzde herkesin ceza hukukunu bildiğini iddia etmenin de mümkün olmadığı kabul edilmiştir. *Yeni suçlar* genellikle genel geçer kabul gören ahlaki değerlere dayanmamakta, sosyal etkenler ve devletin amaçları bu suçların düzenlenmelerinde belirleyici olmaktadır<sup>160</sup>. Olayda, bir ceza davasını yürüten avukat hakkında, müvekkilini ücretini ödemezse savunmayı bırakacağını söyleyerek tehdit ettiği gerekçesi ile dava açılmıştır. Sanık avukat ise, müvekkiline kendisine olan borcunu ödemesi için baskı yapmasının hukuka aykırı bir yönü olmadığını düşündüğünü ileri sürerek savunmasını yapmıştır. Bu davada mahkeme, öncelikle, fiilî hata ve hukukî hata ayırımından vazgeçerek, tipik suç fiili üzerinde hata ve yasak üzerinde hata şeklinde yeni bir ayırım yapma yoluna gitmiştir. Buna göre, tipik suç fiilinin kapsamına normatif unsurlar girmekte ve bunlar üzerindeki hata da fiil üzerinde hataya neden olmaktadır, ikinci olarak, mahkeme, kural üzerinde hatanın kaçınılmaz olması durumunu kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul etmiştir. Mahkemeye göre, böyle bir durumda failden hukuka uygun davranması beklenemeyeceğinden, hata yaptığı için faili kınamak mümkün değildir. Üçüncü ve son nokta ise, hatanın kaçınılabilir olması durumunda kusur teorisine (*schuldtheorie*) göre, fail kasten sorumlu tutulur ancak, verilecek cezadan indirim yapılması da gerekir. Bu indirim sebebi, kaçınılabilir bir hataya bağlı olarak bir suç fiilini işleyen kimsenin, hukuka aykırı olduğunu bilerek aynı fiili gerçekleştiren kimseye oranla daha az kusurlu kabul edilmesidir<sup>161</sup>.

Karardan sonra ortaya çıkan en önemli sonuç, kusurlulukla ilgili olarak yapılan tespittir. Buna göre kusurluluk, ancak, failin hareketinin hukuka aykırı olduğunu bildiği veya bilmiyorsa da hareketinin hukuka uygun olup olmadığını belirlemek için gerekli vicdan denetimini yapmadığı hallerde söz konusu olacaktır<sup>162</sup>. Bu sonuç, Alman hukukuna, hukuka aykırılık bilincinin olmadığı durumlarda kusurun ortadan kalktığını kabul eden kusur teorisini kazandırmıştır<sup>163</sup>.

Davayı takip eden süreç içinde Alman Yargıtay'ının konu ile ilgili bir içtihadı oluşmuştur<sup>164</sup>. Mahkeme, zamanla, hangi hallerde hukukî hatanın

<sup>160</sup> Youngs, s. 339.

<sup>161</sup> Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 154. , Fletcher, s. 745-747.

<sup>162</sup> Ryu - Silving, s. 450.

<sup>163</sup> Yargıçların da kast teorisi yerine kusur teorisini benimsemelerinin nedenleri konusunda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Fletcher, s. 747-749.

<sup>164</sup> Mahkeme bu doktrini oluştururken temelde üç varsayıma dayanır: birincisi, hukukî hatanın, doğal suçlardan çok yeni suçlar bakımından ortaya çıkacağıdır ki mahkeme bunu kabul etmekle doğru hareket etmiştir. İkincisi, cezalandırma, kusur atfedilebilmeye karine oluşturursa, kusurluluğu da içerir. Bu da hukukî hatanın kusurluluğu kaldırmasına veya

mazeret oluşturacağı konusunda kendi ölçütlerini belirledi. 1975 yılında Kanun'un 17.maddesi ile hukukî hatanın mazeret sayılacağı düzenlenmiştir. Ancak, hukukî hatanın mazeret kabul edileceği istisnalar olması gerektiği ve bu istisnaların şartları, 1975 öncesinde de içtihat hukukunda yer almaktaydı<sup>165</sup>.

Alman hukukunda, 1975 öncesi, failin hukuka aykırı hareket ettiğini anlaması ne zaman olur sorusunun cevabını vermemiz gerekirse; aslında failin yaptığı tüm hareketlerin bir suçun kanuni tanımına uymakta olduğunu bilmesi gerekmez. Ancak bunun “haksız” bir hareket olduğunu bilmesi yeterlidir. Bununla birlikte, konu hakkında içtihat hukukunda bir görüş birliği sağlandığını söylememiz mümkün değildir<sup>166</sup>. Gerçekten Mahkeme, farklı kararlarında hukuka aykırılığın kapsamını belirlerken, farklı ifadeler kullanmıştır<sup>167</sup>.

Hukukî hata konusu ile ilgili yapılan bir başka tartışma da hukukî hatanın ne zaman *kaçınılabılır* olduğu ile ilgilidir. Alman hukukunda, hukukî hata, failin yapması gereken vicdan denetimini gerektiği şekilde yaptığı, içinde bulunduğu yaşam ve çalışma koşullarında, fiilin hukuka aykırı olduğunu anlayamayacağı durumlarda söz konusu olur<sup>168</sup>. Failin sorumluluktan kurtulması için ayrıca bütün zihinsel ve ahlaki gücünü kullanması gerekir. Burada, failden beklenen özen yükümlülüğünün, taksirle hareket eden failden beklenenden daha yüksek olduğunu da ilave etmemiz gerekir<sup>169</sup>.

---

azaltmasına neden olur. Üçüncüsü, hırsızlık antisosyal bir fiilken, kıtlık zamanı yiyecek stoklamak (ki kanunda suç olarak düzenlenmiştir) antisosyal değil ya da daha az antisosyaldir. Bu ayırım, belirsizdir. Arzt, Ignorance, s. 651.

<sup>165</sup> Youngs, s. 339.

<sup>166</sup> Youngs, s. 340.

<sup>167</sup> Bunlar arasında, BGHSt 15, 138 sayılı fuhuşa teşvik ile ilgili kararda “*hukuken tanınmış bir menfaatin ihlali*”nden bahseden Mahkeme, BGHSt 11, 263 sayılı kararda bir suçta suçluluğun ortaya çıkması için, failin fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesinin yeterli olduğunu, ayrıca ahlak dışı olduğunu düşünmesine gerek olmadığını belirtir. BGHSt 3, zinanın suç olduğunu herkesin bildiği kabul edilmiştir. Son olarak, BGHSt 10, 35 kararında Mahkeme, yasal olmayan “*herhangi bir şey*” yapmakta olduğunun farkına varmakla ceza sorumluluğunun oluşmayacağını kabul etti. Failin, fiilinden sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırılık tartışması, söz konusu suç bakımından yapıyor olmalıdır. Ayrıca, failin suç tarafından ihlal edilen hukuki menfaatin ihlalinin yasak olduğunu bilmesi, bilebilecek durumda olması da yeterli değildir. Failin suç için öngörülmüş olan cezayı, ya da fiilin yasal tanımını bilmesine gerek yoktur. Fiilinin hukuka aykırı olduğunu, hukuksal bir gerekçe ile değil ama sahip olduğu eğitim ve deneyimle edindiği kanaatten dolayı biliyor olması, bilebilecek durumda olması aranır. (Youngs, s. 340-341).

<sup>168</sup> Youngs, s. 342.

<sup>169</sup> Youngs, s. 342.

Hukukî hatanın kusurluluğa etkisini açıklamaya yönelik teorilerden kusur teorisi, halen yürürlükte olan, 1975 tarihli A1CK tarafından da benimsenmiş olan teoridir. 16 ve 17. m.lerin ortaya çıkmasına kadar, mahkemeler ve özellikle göze çarpan BGH, *vorsatztheorie*ye (kast teorisine) sadık kaldılar. Buna göre, hukuka aykırılık bilinci de kasta dahildi. Bunun sonucu olarak, eğer, iyi niyetli ancak kaçınılabılır bir hata söz konusu ise, fail yalnızca ihmalinden dolayı cezalandırılabilir. Ancak yeni yasa, bu uygulamayı kaldırmış ve yerine, bu durumlarda failin yine de cezalandırılacağını, ancak cezasının azaltılabileceğini öngörmüştür<sup>170</sup>.

Hukukî hatayı düzenleyen A1CK 17. maddesini şu şekilde Türkçeye çevirmek mümkündür:

*“Suçun işlendiği zamanda fail, hukuka aykırı hareket ediyor olduğunun bilincinde değilse, hatanın kaçınılmaz bir hata olduğu durumlarda kusursuz hareket etmiş sayılmalıdır. Kaçınılabılır bir hatanın söz konusu olması halinde ise 49.m./l.f. uyarınca cezanın azaltılması yoluna gidilebilir.”*<sup>171</sup> Maddeyi “Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz...” şeklinde Türkçeleştiren Yenisey - Plagemann, cümledeki *“Etwas zu Unrecht tun/ bir haksızlık gerçekleştirmek”* kavramından da hukuka aykırı bir şey yapmanın anlaşılması gerektiğini vurgularlar. Dolayısıyla yalnızca ahlâki değerlere aykırı bir fiil olduğunu bilmesi yetmez, hukukla korunan değerler düzenini ihlâl ettiğini de bilmelidir<sup>172</sup>. Burada da haksızlık ve hukuka aykırılık arasındaki fark vurgulanmıştır. 17. maddede de açıkça belirtildiği gibi, hukuka aykırılık ile ilgili kaçınılmaz hatalar, üçlü sistemin son kısmıdır ve ancak üçüncü bölümü etkiler<sup>173</sup>. Hukuka aykırı hareket de kanunda tanımlanmıştır. Buna göre, hukuka aykırı hareket, bir ceza kuralının gerektirdiği bütün unsurları taşıyan bir hareket olmalıdır (A1CK m.II.). Bu kural ile Alman ceza hukuku kast teorisinden tamamen uzaklaşmıştır. Uzaklaşılın bu doktrin, hukuka aykırılık bilinci ile diğer unsurların varlığının bilinmesini kastın varlığı için eşit önemde kabul ettiğinden, *eşit muamele doktrini* olarak isimlendiriliyordu. Günümüzde Alman hukuku, eşit muamele doktrinini açıkça reddeder. Hukukî hata ile fiilî

<sup>170</sup> Bohlander, s. 61.

<sup>171</sup> A1CK hükmünün şu şekilde Türkçeye çevrilmesi de mümkündür: *“Düştüğü hata, kendisi açısından kaçınılamayacak nitelikte olması nedeniyle, fail, hukuka aykırı davrandığı bilincine sahip değilse, gerçekleştirdiği hareket kusurlu sayılmaz. Buna karşılık fail, hataya düşmekten kaçınabilecek durumda ise yaptığı hareket kusurludur, ancak cezası hafifletilebilir.”*, Centel - Zafer - Çakmut, s. 382.

<sup>172</sup> Yenisey - Plagemann, s. 18.

<sup>173</sup> Bohlander, s. 60.



hata arasındaki ayırım, hukukî hatayı bir mazeret olarak kabul edip etmeyeceklerini belirleyecek olan hukuk sistemleri tarafından yapılacaktır. Ancak, kast teorisini kabul eden sistemler bu ayırmadan kaçınırlar<sup>174</sup>.

Konu ile ilgili karmaşık akademik tartışmalar henüz sona ermiş değildir. Ancak, görünen odur ki, yeni kanun, önceki anlayışı reddetmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi de yeni kanunun Anayasa'ya uygunluğunu teyit etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, "...birçok durumda kast, bilmeye dayanan ve istemeye dayanan unsurların bir arada olmasını gerektirir. Başka bir deyişle, suçun unsurlarının ve iradenin varlığı suçu oluşturur." demektedir<sup>175</sup>. İngiliz hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da, failin, suçun unsurlarını doğru hukuki anlamları ile anlaması aranmaz. Ancak, suçların özü ile ilgili olarak, meslekten olmayan bir kimsenin yapacağı değerlendirmeyi doğru bir şekilde yapması, gerekli ve yeterlidir<sup>176</sup>.

Özetle, Alman ceza hukukunun hukukî hata bakımından dönüm noktası, 1952 tarihinde verilen Yargıtay kararıdır. Bu kararı takiben oluşan içtihat ışığında getirilen 17. madde ile de Kanun, *kusur teorisini* benimsemiştir. Alman hukukunda bizim için önemli olan, istisnanın *hukuka aykırılıktan* bahsediyor olmasıdır. Alman hukukunda hukuka aykırılığın, fiilin antisosyal karakterini de içine alır şekilde anlaşıldığını söylemiştik. Ancak kanaatimizce, Kanun'un 11. m. sinde hukuka aykırı hareketin de ayrıca tanımlanmış olması önemlidir. Hukuka aykırılıktan, biçimsel hukuka aykırılığın anlaşılacağı ortadadır. Öte yandan, fiilin antisosyallığının, haksızlığının bilinmesi, ancak tamamlayıcı niteliktedir. Belirleyici olan, biçimsel hukuka aykırılıktır.

## V. TÜRK CEZA HUKUKUNDA HUKUKİ HATA

### A. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

765 sayılı Kanun döneminde hukukî hata konusu TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmişti. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağına ilişkin bu hükümle ilgili olarak TCK'da herhangi bir istisna getirilmiş de değildi. Dolayısıyla Kanun'a bakıldığında, hükmün mutlak olarak uygulandığı söylenebilir. 765 sayılı TCK döneminde kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı kuralına mutlak bir biçimde yer verilmiş olması ve hiçbir istisnanın öngörülmemiş olması Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde eleştirilen bir husustur. Kanunu bilmenin mutlak olarak imkânsız olduğu hallerde, yasayı bilmemenin mazeret sayılması gerekir. Bu önerinin

<sup>174</sup> Arzt, *Mistake of Law*, s. 715.

<sup>175</sup> Bohlander, s. 61.

<sup>176</sup> Bohlander, s. 62.

kabul edilmesi halinde, yasanın sözüne aykırı ancak hükmün içeriğine ve amacına uygun bir çözüm yolu bulunmuş olur<sup>177</sup>.

Bu dönemde, kuralın sert uygulanmasının meydana getirebileceği adaletsizlikleri önlemek amacıyla Yargıtay, ceza hukukunda yer alan çeşitli kuramların çalıştırılması yoluna giderek, hukuki yanılmanın bir mazeret oluşturmayacağı kuralını uygulamada bir nebze de olsa yumuşatmıştır. Bazı kararlarda probleme fiilî hata bakımından yaklaşılarak; başka bazı kararlarda kuralın ihlali için failde hukuka aykırılık bilincinin varlığı aranarak ve bilincin olmadığı hallerde kastın ortadan kalktığı sonucuna varılarak; failin yabancı olması halinde Türkçe'yi bilemeyeceğini ve dolayısıyla kanunları da öğrenemeyeceğini, yani failden beklenemeyenin istenemeyeceğini karara bağlanarak, hukukî hatanın mazeret sayılmayacağı ilkesi uygulamada yumuşatılmıştır<sup>178</sup>.

Yargıtay'ın kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin mutlak olarak uygulanmasının yaratacağı problemleri gidermek için verdiği kararlar doktrinde eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, hukukî hatayla ilgili durumlarda Yargıtay, meseleyi kast kapsamında değerlendirerek yanlış bir uygulama yapmıştır. Şöyle ki, 765 sayılı TCK döneminde hukukî hatanın söz konusu olduğu olaylarda Yargıtay, konuyu hatalı olarak kast kapsamında değerlendirerek bir çözüm yolu bulmaya çalışmıştır. Ancak bu konuda ortaya çıkan örneklerde faillerin kasten hareket ettiği konusunda şüphe de yoktur. Bu bakımdan, konunun kast kapsamında ele alınması isabetsizdir. Ancak, şunu da unutmamak gerekir ki, 765 sayılı TCK döneminde kanunda haksızlık yanılığına ilişkin hiçbir düzenlemenin bulunmaması, Yargıtay'ı bu "çıkış yoluna" zorlamıştır<sup>179</sup>.

Kanunun 44. maddesinde kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, failin hareketinin kanuni tipe uygun olması durumunda artık failde hukuka aykırılık bilincinin bulunup bulunmadığını aramaya gerek yoktur. Ancak, fail hareketin yasaklanan niteliğini bilemeyecek durumda ise kastından da söz edilemeyecektir. Bir görüşe göre, Türk ceza hukuku uygulamasında da, yabancı doktrinde varlığı gerekli görülen ve değişik şekillerde formüleleştirilen hukuka aykırılık bilincinin bulunması kastın kabulü için gereklidir ve en azından bazı suçlar bakımından bulunması istenir<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> Centel - Zafer - Çakmut, s. 437.

<sup>178</sup> Önder, s. 334. Yargıtay'ın, hukukî hatanın söz konusu olduğu hallerde, sorunu kast kapsamında değerlendirdiğini söylemek mümkündür. Bu görüş için bkz. Özgeçen, s. 415.

<sup>179</sup> Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 696.

<sup>180</sup> Önder, s. 303.

Günümüzde ceza kanunlarının sürekli olarak artması ve değişikliklere uğraması, aceleyle çıkarılan kanunlardaki teknik hatalar, eksikler ve kötü ifadelerin getirdiği yorum güçlüğü problemleri, yargı kararlarındaki çelişkiler, kişileri kendi ülkelerindekinden farklı yasal düzenlemelerle karşı karşıya getiren uluslararası dolaşım gibi nedenler, kanunların bilinmesini yalnızca vatandaşlar değil, hukukçular yönünden dahi güçleştirmektedir. Saydığımız nedenlerle, ceza kanunları üzerinde hataya düşen bir kimseyi, asgari bir ihmal veya dikkatsizlikle kınamak da çok defa mümkün olmamaktadır<sup>181</sup>.

765 s. TCK'nın 44. maddesinin hiçbir istisna getirilmemiş mutlak hükmü karşısında, adaletsizliklere sebep olacağı eleştirileri yapılmıştır. Konu ile ilgili olarak, *Hafizoğulları*, “Hukuki bilmeme, CK.nun 44. maddesince, mazeret sayılmamıştır. Ancak bilme yükümlülüğünün yerine getirilmesinde mutlak imkânsızlığın bulunması halinde, hukuki bilmemenin mazeret sayılacağı, gerek uygulamada ve gerekse doktrinde oybirliğiyle kabul edilmektedir. Böylece, siyasal nitelikteki kurucu ceza normunun katı anlamı kaybolmuş, buna bağlı olarak da, uygulama alanı daralmıştır.” demektedir<sup>182</sup>.

765 s. TCK döneminde, hukukî hatanın mazeret sayılmayacağı ilkesinin mutlak olarak uygulanmasının ortaya çıkarabileceği adaletsizlikler ve olumsuzluklar üzerinde durulmuş ve bu ilkeye çeşitli istisnalar getirilmesi önerilmiştir. Bu bağlamda, suçların tabii ve kanuni olmak üzere ikiye ayrılarak, yalnızca tabii suçlar bakımından kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması, önerilerin ilkidir. İkinci öneri, maddi imkânsızlık hallerinde kusurun ortadan kalkması sonucunda faile ceza verilmemesi gerekliliğidir. Buna göre, bir görevden bahsedilebilmesi için, o görevin yerine getirilebilmesi, imkân dahilinde olmalıdır. Dolayısıyla, maddi imkânsızlık hallerinde de kanuna uyma ödevinin yerine getirilmemesi dolayısıyla fail kusurlu sayılamaz. Konu ile ilgili ortaya koyulan üçüncü öneri, kanunu bilme görevinin var sayılması ve kanunu bilme görevinin yerine getirilmesinde bir imkânsızlık söz konusu olan hallerde de faile ceza verilmemesidir<sup>183</sup>.

765 s. TCK döneminde, Kanunun hukukî hatayı düzenleyen 44. maddesine yönelik bir eleştiri de, maddenin Kanunun sistematigi içindeki yerine ilişkin olarak yapılmıştı. Buna göre, bir kurucu hükmün, ceza kanunun hangi kısmında yer aldığı, sistematik yorum bakımından çeşitli kısıtlamalar doğursa bile, hükmün mahiyet ve kapsamını belirlemede büyük

---

<sup>181</sup> Toroslu, s. 224.

<sup>182</sup> Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme , s. 211.

<sup>183</sup> Demirel, s. 105.

bir önem taşımaz. Bundan dolayı kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı ilkesi kanunda nerede düzenlenirse düzenlensin, bilmeme-hata durumları suçun genel teorisinde, manevi unsurla ilişkili olarak değerlendirilmek zorundadır. Bu görüşe göre, cezai ehliyet ve bunu kaldıran veya hafifleten sebepler başlığı altında düzenlenen hüküm, ceza kanununun uygulanması bakımından ilke getiren bir hüküm olarak düzenlenebilirdi<sup>184</sup>. Doktrindeki bir görüşe göre, 765 s. TCK döneminde, kanunun yalnızca hukukî hata ile ilgili hükümlerinin değil, tüm hataya ilişkin hükümlerinin sistematik bir tarzda açıklanması çok zordu. Zira, bu mesele Kanunda tam bir şekilde ele alınmamış ve bir sisteme oturtulmamıştı<sup>185</sup>.

## B. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

Türk ceza hukukunda hukukî hata kurumu da, 5237 s. TCK ile köklü değişikliklere uğrayan kuramlardan biridir. Kanunun ilk yürürlüğe girdiği dönemde, 765. s. TCK döneminde yapılan eleştiriler de dikkate alınarak hukuku bilmemenin mazeret sayılmaması kuralına istisna getirilmiş, hem kural hem de istisnası Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmiştir. 5237 s. TCK'da "*Ceza Kanunlarının Bağlayıcılığı*" başlığı altında, 4. maddenin 1. fıkrasında ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı düzenlenmiştir. Kanun ilk yürürlüğe girdiği dönemde, 2. fıkrada *kaçınılmayan bir hata nedeniyle kanunu bilmeyip meşru sanarak suç işleyen kişinin cezalandırılmayacağı* düzenlenmişti. 4. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen ilkenin istisnasını düzenleyen bu hüküm, Kanun'un yürürlüğe girmesinden hemen sonra 4. madde metninden çıkarılmıştır. 5377 s. Kanunla hükmün lafzı da değiştirilerek 30. maddenin 4. fıkrasına eklenmiştir. Yeni düzenlemeye göre, *işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz*. Hemen belirtelim ki, haksızlık ve hukuka aykırılık ile ilgili yaptığımız tartışmalar YTCK'nın bu hükmü bakımından hiçbir anlam ifade etmez. Kanun koyucu, haksızlık ve hukuka aykırılık arasında hiçbir fark gözetmemektedir.

Yeni TCK'da, hukukî hata konusu ile ilgili olarak 765 s. TCK'dan farklı iki temel nokta vardır: Birincisi, 765 sayılı eski TCK'da, kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı belirtilmekteydi<sup>186</sup>. YTCK, "ceza kanunu" demek yerine çoğul olan "ceza kanunları" terimini tercih etmiştir. Doktrindeki bir görüşe göre, Kanun'da "ceza kanunları" yerine "ceza kanunu" denmesi daha isabetli olurdu<sup>187</sup>. Doktrindeki bir başka görüş,

<sup>184</sup> Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 196.

<sup>185</sup> Demirel, s. 110.

<sup>186</sup> Centel - Zafer - Çakmut, s. 426.

<sup>187</sup> Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 299.

kanunların çokluğu karşısında, ceza kanunları ile diğer kanunlar arasında bir fark bulunduğunun kabul edilmesinin yerinde olduğunu savunur. Buna göre, ceza kanunlarından başka kanunları bilmeme, hukukî hata değil, fiilî hata kapsamında değerlendirilmelidir. Esaslı fiilî hatanın kastı ortadan kaldırması ve kastın bulunmaması hallerinde ceza sorumluluğu ortadan kalkar. Böyle durumlarda, ceza hukuku alanı dışında kalan yasaları bilmeme veya yanlış yorumlama, suçun unsurlarına ilişkin bir bilmeme oluşturur. Bu durumda, kusurun yokluğu nedeniyle suç oluşmaz<sup>188</sup>.

Hukukî hata konusunda 765 s. TCK'dan farklı olarak getirilen ikinci ve en önemli değişiklik Kanun'da bu ilke bakımından bir istisnanın düzenlenmiş olmasıdır. YTCK'nm, kanunu bilme zorunluluğunu, doktrine ve uygulamaya uygun olarak, bu kurala getirilecek bir istisna ile esnetmeye yönelmesi isabetlidir. Burada, problem yaratması muhtemel hususlar, kuralın istisnasını getiren hükümde, yanlış anlaşılmalara sebep olacak şekilde, fiilin *haksızlık* oluşturduğu ifadesinin yer alması ve hükmün fiilî hata içinde düzenlenmiş olmasıdır<sup>189</sup>.

TCK'da bu istisna ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken iki önemli nokta vardır. Birincisi, kişinin işlediği bir fiilin *haksızlık* oluşturması konusudur. Haksızlığın bilincinde olmamanın kapsamı, ceza *hukuku düzenince tasvip edilmediğinin* bilincinde olması ile aynı mıdır? İkinci olarak üzerinde durmamız gereken husus, failin *kaçınılmaz* bir hataya düşmüş olmasının gerektiğidir. Haksızlık yanılığsı ve hatanın ne zaman kaçınılmaz olacağı konusundaki tartışmalara çalışmanın önceki bölümlerinde yer verildiğinden, burada konuyu yalnızca TCK bağlamında değerlendirmekle yetineceğiz.

Hukukî hata konusu 5377 s. Kanun'la istisnanın 30. maddenin 4. fıkrasında düzenlenmesinden sonra Türk doktrininde tartışmalı bir konu haline gelmiştir. Doktrinde ağır eleştirilere hedef olan bu değişiklik<sup>190</sup>, değişikliğe taraftar olan yazarlarca, "*Alman hukukundaki gelişmenin anlaşılmadığı*"<sup>191</sup> yönünde bir karşı eleştiri ile cevaplandırıldı.

Alman hukukunun neredeyse tüm çağdaş ceza hukuku düzenleri arasından, hukukî hata konusunda ayrı bir yerde durduğu bir gerçektir. Hatta hukukî hata konusundaki tutumu üç basamaklı bir karşılaştırma ile açıklayan *Arzt*, Alman sistemini özellikle ayrı tutar. Yazara göre, dünyada hukuku

<sup>188</sup> Centel - Zafer - Çakmut, s. 426.

<sup>189</sup> Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 297.

<sup>190</sup> Hukukî hatanın kanuni düzenlenmesi hakkında eleştiriler için bkz. Hafizoğulları - Özen, s. 317 vd.

<sup>191</sup> Özgenç, s. 417. (775 No. lu Dipnot).

bilmemenin mazeret sayılmayacağına bir ilke olarak benimsendiği ve ilkenin hiçbir istisnasının kabul edilmediği sistemler birinci basamakta, bu ilkenin istisnası olması gerekliliğinin tartışılmaya başlandığı sistemler ikinci basamakta ve Alman hukukunun başı çektiği, ilkeye istisna getiren sistemler de üçüncü basamakta yer almaktadır<sup>192</sup>. Elbette ki, hukuku bilmemek mazeret sayılmaz kuralına ülkedeki hukuk hayatının gereksinimleri doğrultusunda, kendi hukuk sistemi içerisinde tutarlı bir istisna getirebilmeyi başaran Alman hukukunu bir yol gösterici olarak kabul etmek mümkündür. Ancak bunu yaparken, Türk hukukunun kendi sistematığı, ceza hukuku doktrininin ve uygulamasının gelişimi de göz önünde bulundurulmalıydı.

30. maddenin 4. fıkrası hükmü ile ilgili iki temel konuda eleştiri yapmamız mümkündür. Birincisi, istisnanın kanunda düzenlendiği yerdir. Alman ceza hukukunda bu istisna “*Ceza Sorumluluğunun Esasları*” başlığı altında, ayrı bir yasa maddesi olarak düzenlenmiştir. Oysa YTCK da, Kanun ilk yürürlüğe girdiği zamanda 4. maddeye dahil olan istisna, daha sonra lafzı da değiştirilerek 30. maddeye eklenmiştir. Şu anki düzenleme, Kanun’un yorumu bakımından sorun yaratmaya müsait bir görüntü oluşturur. Hukuki bilmemenin mazeret sayılması durumunda, fiilî hataya vücut vererek kastı kaldırma durumu mu söz konusu olacaktır, yoksa hukuki bilgisizliğin kınanır olmamasından dolayı kusurluluğu mu kaldıracaktır tartışması gereği gibi yapılmamıştır. Bu sebeple, hukuki bilgisizliğin hiçbir gerekçe gösterilmeden fiilî hata biçiminde algılanması, fiilî hata olarak algılanmasa bile, fiilî hata konusunun içinde düzenlenmesi de yanlıştır. Eğer hukuki bilgisizlik, istisnai hallerde mazeret sayılacaksa, bunun fiilî hatayı düzenleyen 30. maddenin 4. fıkrasında değil, kanunu bilme zorunluluğunu düzenleyen m. 4 de yapılması gerekirdi<sup>193</sup>.

Bu sorunun giderilmesi için iki farklı yöntem düşünülebilir. Öncelikle, *haksızlık* kavramı ile ilgili bir belirsizlik olduğu ortadadır. Mevcut düzenleme, açıklayıcı ve tatmin edici değildir. Haksızlık ile anlaşılanın yalnız hukuka aykırılık olduğu sonucuna varılırsa, istisnayı, Kanun’un ilk şeklinde olduğu gibi, m. 4’e eklemek gerekir. Öte yandan, haksızlığın hukuka aykırılıktan daha geniş bir kavram olduğu kabul edilirse ki edilmelidir, istisna, AICK’da olduğu gibi ayrı bir kanun maddesi halinde düzenlenmeli ve lafzı daha açık olmalıdır. Böyle bir değişikliğin yapılması yoluna gidildiği takdirde, maddenin yine “*Ceza Sorumluluğunun Esasları*” başlığı altında ve fakat ayrı bir kanun maddesi olarak düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Kanımızca burada en isabetli çözüm, m.30/4.f. da yer alan istisnanın, haksızlık yerine hukuka aykırılık ifadesi kullanılarak yine 4.

<sup>192</sup> Arzt, *Mistake of Law*, s. 712.

<sup>193</sup> Hafizoğulları, *Genel Hükümler*, s. 297.

maddeye eklenmesi olacaktır. En kısa zamanda yorumda problemler yaratacak ve maksadını aşacak şekilde kaleme alınmış bu fıkranın yeniden düzenlenmesi gerektiği kanısındayız. Kanun koyucu burada, gerçekten AICK'daki düzenlemeye sadık kalmak istiyorsa, Kanundaki ifadenin “*hukuka aykırılık*” olarak değiştirilmesi daha isabetli olacaktır. Eğer, Alman doktrinindeki tartışmalar ve mahkeme kararlarının incelenmesi sonucu, gerçekten bir haksızlık bilinci anlamı verilmek isteniyorsa da bunun ortaya konması gerekir.

İkinci temel eleştiri konusu, normun lafzıyla ilgilidir. 30.maddenin 4. fıkrası, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağını hükme bağlar. Burada açıklamaya muhtaç iki husus vardır. Birincisi, “*haksızlık*” ifadesinin kapsamının ne olduğu, ikincisi, de “*kaçınılmaz bir hata*”nın hangi hallerde ortaya çıkacağı hususlarıdır. Nitekim, doktrinde Kanun’un bu şekilde kaleme alınmış olması, istisnanın kapsamının amaçlanandan daha geniş olmasına yol açacağı gerekçesi ile de eleştirilmiştir. Zira yeni düzenleme, failin fiilinin suç olarak tanımlandığını bilmesine rağmen haksızlık bilincine sahip olmaması nedeniyle cezasız kalmasına olanak sağlayacak şekilde kaleme alınmıştır<sup>194</sup>.

Anlamı zamanla mahkeme içtihatları ve doktrinde kanunun yorumlanması ile açıklanabilirse de, seçilen “*haksızlık*” kelimesinin yanlış sonuçlar yaratması muhtemel olan isabetsiz bir seçim olduğu kanısındayız. Halbuki, bu değişiklik yapılmazdan önceki hali ile madde hem amacına daha uygundu hem de AICK'daki düzenlemeyle daha çok örtüşüyordu. Nitekim, AICK'nun hukukî hatada istisnayı düzenleyen 17. maddesi “*hukuka aykırı hareket ettiği*” demektedir. Ayrıca, AICK, “*Tanımlar*” başlıklı 1. maddesinde hukuka aykırı hareketi tanımlamıştır. Buna göre hukuka aykırı hareket, “*bir ceza hükmünün bütün unsurlarını taşıyan hareket*” olarak tanımlanacaktır. Dolayısıyla, AICK'nm yürürlüğe girmesinden önce doktrinde ve içtihat hukukunda tartışmalı bir konu olan haksızlık bilinci tartışması bir tarafa konmuş, AICK ile hukuka aykırılık bilinci önem kazanmıştır<sup>195</sup>.

<sup>194</sup> Centel - Zafer - Çakmut, s. 429.

<sup>195</sup> Bir görüşe göre, fiilin haksızlık oluşturması hukuka aykırılık oluşturması anlamına gelecek, söz konusu hukuka aykırılık da ceza hukukuna aykırılık olarak anlaşılacaktır. Hukuka aykırılık fiil ile normun çatışmasını ifade ettiğinden, hukuka aykırı olduğu bilincine sahip olunması için fiili yasaklayan ceza kuralının bilinmesi gerekecektir. Kuralın bilinmediği durumlarda da failin, fiilin antisosyalliği nedeniyle kuralın varlığına sezgisel olarak ulaşması mümkündür. (Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 159). Ancak, hem hukuka aykırılığı biçimsel hukuka aykırılık olarak anlamak gerektiğini ifade eden hem de haksızlık ile hukuka aykırılığı bir tutan bu görüşe katılmıyoruz. Kaldı ki, faildeki hukuka aykırılık bilincinin de, hukuk dışı

Alman hukukunda *kaçınılamayan* hukukî hata bakımından ağır koşullar aranmaktadır. Böylece, ceza hukukunun temel konuları bakımından kaçınılamayan bir hataya ender rastlanır. Kusurluluğu ortadan kaldıran hukukî hata daha çok, ceza hükümleri içeren özel yasalar ve kabahatler bakımından uygulama alanı bulurlar<sup>196</sup>. Alman ceza hukukunda “*kaçınılmaz*” hatanın ne olduğu açıkça belirlenmiştir. Bu konuyu daha önce açıklamıştık. Burada TCK bakımından önemli olan kaçınılmazlığın şartlarının en kısa zamanda belirlenmesidir. Kanun gerekçesinde, kaçınılmazlık ile ilgili olarak yalnızca failin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşullarının da göz önünde bulundurulacağına dair bir ölçüt getirmiştir. Ancak bu yetersiz bir düzenlemedir.

Akıl karıştırıcı olan bir başka husus ise, 30. maddenin 4. fıkrası hükmü karşısında, YTCK bakımından fiilin antisosyalliğinin kastın bir unsuru olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. *Toroslu*, bu düzenlemeyle, Kanun’un kastın varlığı için antisosyallik bilincinin varlığını da aradığını kabul etmektedir<sup>197</sup>. *Hafizoğulları* ise, Türk ceza hukukunda hukuka aykırılık bilincinin ve fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmenin kastın varlığı için gerekli olmadığını ve kanunun bilinip bilinmemesi konusunun istisnaları ile ilgili olamayacağını savunmaktadır<sup>198</sup>. Kanımızca, burada belirleyici olacak olan, Kanun’un kastı düzenleyen 21. maddesidir. Buna göre,<sup>11</sup> *Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*”. Kanun kastın varlığı için açıkça ve sadece, bilme ve isteme unsurlarının varlığını aramış, fiilin antisosyalliği ile ilgili bilgiyi kastın bir unsuru olarak öngörmemiştir. Bu itibarla, burada m.30, 4. fıkrasından dan hareketle TCK’nın kastın varlığı için fiilin antisosyalliğinin bilincinde olmayı da aradığını ve bunun yokluğu halinde kast da ortadan kalkacağı için failin kastla işlenen suçtan sorumlu olmayacağını kabul edip, bu durumu kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin bir istisnası olarak benimsemek zorlama bir yorum olacaktır. Kaldı ki, kastın varlığı için fiilin antisosyalliğinin bilinmesinin de arandığını kabul edersek, failde haksızlık bilincinin olmaması durumunda kastın ortadan kalktığını kabul etmemiz de gerekecektir<sup>199</sup>. Bu hususların kabulü halinde, 4. maddenin istisnasının, kastın ortadan kalktığı hata hallerini düzenleyen 30. maddede düzenlenmesi de tutarsız olmayacaktır. Ancak, hukukî hatanın kusurluluğu ortadan

---

bir alan olan fiilin antisosyalliğine dayanan bir sezgi ile oluşması da bizi hukuk dışı tartışmalara götürecektir.

<sup>196</sup> Centel - Zafer - Çakmut, s. 382.

<sup>197</sup> Toroslu, s. 187.

<sup>198</sup> Hafizoğulları, Genel Hükümler, s. 270.

<sup>199</sup> Daha önce de belirttiğimiz gibi Toroslu, haksızlık ve antisosyalliği eşit kabul etmektedir. Bkz. Toroslu, s. 228.



kaldırıldığını kabul ettikten sonra, bizi kast teorisine geri döndüreceğini düşündüğümüz bu görüşe katılmak imkansızdır.

TCK m. 30, 4. fıkra ile getirilen düzenleme ile ilgili, son olarak üzerinde durmak istediğimiz konu, bu düzenlemenin “ *özel hukuka aykırılık* halleri ile ilişkisi konusudur. Kanunda hukuka aykırılık unsurundan ayrıca söz edilmemekle birlikte, bazı suç tanımlarında hukuka aykırılığa açıkça yer verildiği görülür. Böyle düzenlemeler, kanun koyucunun, bu suç tanımları açısından, kastın hukuka aykırılığı da kapsayıp kapsamadığının özellikle araştırılması amacı ile yapılır. Hukuka özel aykırılığın söz konusu olduğu hallerde, failin hukuka aykırılığı da bildiğinin ayrıca ispat edilmesi gerekir<sup>200</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, bu konu biçimsel ve maddi hukuka aykırılık ayrımı ile yakından ilgilidir. Özel hukuka aykırılık hallerinin söz konusu olduğu hallerde hakimnin somut olayda biçimsel hukuka aykırılık yanında maddi hukuka aykırılığın mevcut olup olmadığını da araştırması gerekecektir. Yine bu görüşe göre, TCK’da bu düzenleme doğrultusunda hukuka aykırılık, tüm suçlar bakımından maddi hukuka aykırılık şekline dönüşmüştür. Dolayısıyla, 30. maddenin 4. fıkrasındaki düzenlemeden sonra, hukuka özel aykırılık hallerinin özel hükümlerde ayrıca düzenlenmesinin de bir anlamı kalmamıştır<sup>201</sup>. Gerçekten, TCK 30. maddenin 4. fıkrasındaki düzenlemeye göre, failin, suçun unsurlarını anlama ve istemenin yanında, *haksız* olduğunu da bilmesi halinde kusurluluğun ortaya çıkacağını kabul edersek, bu görüş de kabul edilmiş olur. Şöyle ki, kusurluluğun oluşması için fiilin maddi hukuka aykırılığı boyutunun da fail tarafından değerlendirilmiş olması aranacaktır. Dolayısıyla, bu hüküm, hukuka aykırılığın suçu tanımlayan özel hükümde ayrıca ve açıkça ifade edildiği durumlar ile aynı sonucu doğuracaktır. Ancak, 30. maddenin 4. fıkrasının, Kanununun 4. maddesine bir istisna oluşturabilmesi bakımından, önemli olan, failin, *hukuka aykırılığın* bilincinde olmamasıdır. Buradaki haksızlığın hukuka aykırılık olarak anlaşılması gerektiğini, ancak bunun da maddi hukuka aykırılıktan ziyade şekli hukuka aykırılığı ifade ettiğini daha önce açıklamaya çalıştık. Bu sebeple, m.30/4.f. daki düzenlemenin, özel hükümlerde hukuka aykırılığın ayrıca aranması ile ilgili durumu değiştirdiği veya özel hukuka aykırılığı düzenleyen hükümleri anlamsız kıldığı görüşüne katılmıyoruz.

---

<sup>200</sup> Centel - Zafer - Çakmut, s. 291.

<sup>201</sup> Centel - Zafer - Çakmut, s. 292.

## Sonuç

Belirtelim ki, çalışmamızın amacı, 5237 s. TCK ve özellikle 5377 s. Kanunla yapılan değişiklik ile Türk ceza hukuku sisteminde hukukî hata kurumuyla ilgili olarak yapılan köklü değişikliği değerlendirmektir. Bu çerçevede, özellikle kast teorisiyle ilgili olarak hukuka aykırılık bilinciyle haksızlık bilincinin birbirinden farklı olduğunu ortaya koymaya çalıştık. Gerçekten, hukuka aykırılık ve haksızlık kavramları, aynı kapsamı ifade eden kavramlar olmadıkları gibi, hukuka aykırılık yanığı ile haksızlık yanığının da birbirinden farklı olduğu ortadadır. Kastın varlığı için, bilme ve isteme unsurları yanında, hukuka aykırılık bilincinin ya da haksızlık bilincinin (fiilin antisosyal niteliğinin fail tarafından bilinmesinin) de bulunması gerektiğini kabul eden görüşler vardır. Ancak, doktrindeki hakim görüş, kastın bilme ve isteme unsurlarından oluştuğunu kabul etmektedir. Kaldı ki, TCK, 21. maddesinde kastı düzenlemiş ve bu baskın görüşü benimsemiştir. Sonuç olarak, biz de kastın varlığı için hukuka aykırılık bilinci veya haksızlık bilinci gibi bilme ve isteme unsurlarından ayrı bir unsurun varlığının gerekli olmadığı kanısındayız. Dolayısıyla, hukuka aykırılık bilincinin veya haksızlık bilincinin yokluğu kastı ortadan kaldırarak kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesine bir istisna oluşturamaz.

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin mutlak olarak uygulanmasının adaletsiz sonuçlar doğurabileceği ortadadır. Bu nedenle, ilkeye bir istisna getirilmesi gerektiği görüşüne biz de katılıyoruz. Ancak, bu istisnanın TCK'da şu anda düzenlendiği şekliyle problemleri çözmekten çok uzak olduğunu, dahası hukuk sistemine uymayan, kendi içinde tutarsız bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. Bir kere, hukuku bilmemenin mazeret sayılmamasının istisnasının düzenleneceği yer, yine bu ilkeyi düzenleyen maddedir. Eğer hukukî hatanın kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olduğu görüşünden hareketle, istisnayı AİCK'daki gibi "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlığı altında düzenleme yoluna gidilecekse, bunun yeri fiilî hatanın düzenlendiği madde olmamalı, ayrı bir kanun maddesi halinde bir düzenleme yapılmalıdır. Bu bakımdan, 3477 s. Kanun değişikliğinden önceki düzenlemenin yeri bakımından da şimdikinden daha isabetli olduğunu söylemek gerekir.

Kanunun yeni şekliyle ilgili en büyük problem kuşkusuz *kanunu bilmekle* ilgili ilkenin istisnası olarak; kapsamı kanunu bilmekle aynı olmayan, *fiilin haksız olduğunu bilmenin* düzenlenmiş olmasıdır. Denilebilir ki, Kanun'un hazırlanması sırasında esinlenen Alman hukukunda konu ile ilgili gelişmeler incelendiğinde, failde haksızlık bilincinin bulunmamasının kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine istisna olduğu

görülebcektir. Ancak, Alman hukukunda da 1975 tarihli A1CK ile Kanun'un fiilin hukuka aykırılığını bilmemeyi esas aldığı görülebür. Kanun bununla da yetinmeyip, yine kendi içerisinde hukuka aykırı hareketten ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Burada da fiilin haksızlığı ile ilgili bir vurgu yapılmış değildir. Alman hukukunda hukuka aykırılık terimi, fiilin antisosyal niteliğini de kapsayan bir üst kavram olarak anlaşılıyor olsa bile, esas alınan fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Alman hukukunda fiilin haksızlığı önemsenişorsa bile, haksızlık hukuka aykırılık kavramının kapsamı içerisinde değerlendirilen bir başka unsur olarak kabul edilmelidir. Alman doktrininde ve içtihadında 1952 yılında verilen ilke karardan sonra failde haksızlık bilincinin olmadığı ve failin bu hatadan kaçınamayacağı durumların kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine bir istisna olarak kabul edildiği doğrudur. Ancak, 1975 yılında yürürlüğe giren A1CK'nun açık hükmü sonrası artık kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması ilkesinin istisnasının da, yine kaçınılamaz bir durum söz konusu olması şartıyla, *hukuka aykırılığı* bilmemek olduğunu kabul etmemiz gerekir. TCK'nın da lafzındaki bu problemin en kısa zamanda giderilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, failin fiilinin hukuka aykırılığı ile ilgili kaçınılmaz hataya düşmesi halinde 4.maddede düzenlenen ilkeye bir istisna olarak getirilmesi, şimdiki düzenlemeden çok daha isabetli olacaktır.

### **Kaynakça**

- ARTUK, M. Emin - GÖKÇEN, Ahmet - YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- ARZT, Gunther, “*Ignorance or Mistake of Law*”, The American Journal of Comparative Law, C.24, S. 4, Sonbahar 1976.
- ARZT, Gunther, “*The Problem of Mistake of Law*”, Brigham Young University Law Review, 1986.
- ASHWORTH, Andrew, Principles of Criminal Law, 5. Baskı, New York 2006.
- BINAVINCE, S. Emilio, “*The Structure and Theory of the German Penal Code*”, The American Journal of Comparative Law, C.24, S. 4, Sonbahar 1976.
- BOHLANDER, Michael, Principles of German Criminal Law, Oxford 2009.
- CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide - ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.
- CHRISTOPHER, L. Russell, “Tripartite Structures of German Criminal Law in Germany and Other Civil Law Jurisdictions”, Cardozo Law Review, 2007.
- DEMİREL, Hakkı, “*Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata*”, AÜHFD, C.12, S. 3-4, 1955.
- DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, İstanbul 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C.II., İstanbul 1997.
- ERMAN, Sahir, “*Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma*”, İÜHF, C.XII, S.2-3, 1946.
- ERSOY, Yüksel, “*Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı*”, SBF, C.XXIII, S.4, Aralık 1967.
- FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002.
- FLETCHER, George P., Rethinking Criminal Law, New York 2000.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Bursa 2010.
- GÜNGÖR, Devrim, “*Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata*”, TBBD, S.68, Ocak-Şubat 2007.
- GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, “*Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları*”, AÜHF Ellinci Yıl Armağanı, Ankara 1973.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu, Ankara 1996.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki - ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.

- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2011.
- HUSAK, Douglas; von HIRSCH, Andrew, *Culpability and Mistake of Law*, Action and Value in Criminal Law, Oxford 2003.
- İPEKÇİOĞLU, Pervin A., “Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından “İşlenemez Suç”un Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C.61.,S.3, 2012, s.859-886.
- İPEKÇİOĞLU, Pervin A., Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009.
- KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.
- KEEDY, R. Edwin, “Ignorance and Mistake in the Criminal Law”, The Harvard Law Review Association, C.22, S.2, Aralık 1908.
- KEYMAN, Selahattin, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, AÜHFD, C. XXXVII, S. 1-4, 1980.
- KEYMAN, Selahattin, Hukuka Giriş, Ankara 2005.
- KOCA, Mahmut, “Türk Ceza Hukukunda Hata”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Bahri Öztürk (ed.), Ankara 2009.
- KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- KUNTER, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949.
- NAUCKE, Wolfrang, “An Insider ’s Perspective on the Significance of the German Criminal Theory’s General System for Analyzing Criminal Acts”, BYU L. Review, 1984.
- MERAN, Necati, “Türk Ceza Kanununda Yasak Hatası”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.4, S.32, Nisan 2009.
- ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- ÖZEN, Mustafa, “Ceza Hukukunda Kanunu Bilmemek ve Hata”, Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt: 1, İstanbul 2008.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- RYU, K. Paul - SILVING, Helen, “Error Juris: A Comparative Study ”, The University of Chicago Law Review, C.24, S.3, İlkbahar 1957.
- SIMESTER, A.P; SPENCER J.R; SULLIVAN, G.R; VIRGO G.J, Simester and Sullivan’s Criminal Law- Theory and Doctrine, 4. Baskı, ABD 2010.
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009.
- YENİSEY, Feridun - PLAGEMANN, Gottfried, 15 Mayıs 1871 Tarihli Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009.
- YOUNGS, Raymond, “Mistake of Law in Germany - Opening Up Pandora’s Box”, *Journal of Criminal Law*, 2000.
- www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/cezanorm kemal kil.htm, Erişim Tarihi: 5.9.2011.



*HAKEMLİ*

## **TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUK PORNOGRAFİSİ**

*Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR\**

### **I. GİRİŞ**

Çocukların cinsel istismarı, fiziksel ve ruhsal yönden onların gelişimini olumsuz etkilemektedir. 5271 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda çocukların cinsel istismarını önlemeyi amaçlayan çeşitli hükümler yer almaktadır. Çocuk pornografisi ise çocukların cinsel istismarının en ağır biçimlerinden birini oluşturmaktadır. Özellikle internetin yaygınlaşması ile birlikte bu sorun ciddi bir boyuta ulaşmıştır<sup>1</sup>. Günümüzde artık uluslararası toplumun ortak bir sorunu olarak kabul edilen bu konunun çözümüne yönelik işbirliği için uluslararası alanda, bağlayıcılığı olan çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

Çocukların süjesini oluşturduğu ilk uluslararası belge Milletler Cemiyeti tarafından Cenevre'de ilan edilen 24 Eylül 1924 tarihli "Çocuk Hakları Beyannamesi"dir. Bu belgede çocukların fiziksel, ruhsal ve zihinsel gelişmelerinin korunması için gerekli bütün önlemlerin alınması zorunluluğu özel olarak vurgulanmıştır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1948 yılında Paris'te onaylanan "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi" ile 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bu alanda Avrupa'da atılmış önemli adımlardan birini oluşturmaktadır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 1959 tarihli Çocuk Hakları Beyannamesi'nde, çocukların fiziksel ve ruhsal yönden zayıf olmaları nedeniyle özel ve uygun bir korumaya muhtaç oldukları vurgulanmıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul

---

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

<sup>1</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bk. HELFER, Sulla Repressione della Prostituzione e Pornografia Minorile, Padova 2007, s. 3 vd.

edilen ve 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesi, özellikle cinsel istismara uğrayan çocukların korunması açısından çocuk haklarını düzenleyen en temel sözleşmelerden biridir. Bu sözleşmenin 34. maddesinde çocukların, herhangi bir cinsel faaliyete zorlanmaları, fahişeliğe sürüklenmeleri veya müstehcen bir ürünün üretiminde kullanılmalarının önlenmesi için ulusal düzeyde yasal tedbirlerin alınması devletlerden talep edilmektedir<sup>2</sup>.

Çocuk pornografisi konusunda uluslararası alanda üzerinde durulması gerekli olan en önemli belgelerden biri “Siber Suç Sözleşmesi” (Convention on Cybercrime)’dir. 23 Kasım 2001 tarihinde Macaristan’ın başkenti Budapeşte’te Avrupa Birliği’ne üye 26 ülke ve ABD, Kanada, Japonya ve Güney Afrika tarafından imzalanan bu sözleşmede, teknoloji vasıtasıyla işlenen suçların önlenmesi için uluslararası alanda işbirliği ve dayanışmanın önemi vurgulanmış ve alınması gerekli yasal önlemlerin çerçevesi belirlenmiştir.

Siber Suç Sözleşmesi’nin bilgisayar sistemi kullanılarak işlenen çocuk pornografisi ile ilgili suçları düzenleyen 9. maddesinde, her taraf ülkenin iç hukukunda suç sayılması gereken fiillerin neler olduğu ayrıntılı biçimde sıralanmıştır. Sözleşmede ayrıca çocuk pornografisinin tanımı da yapılmıştır. Yine Sözleşmeye göre, 18 yaşından küçük herkes “çocuk” sayılmış ancak taraf devletlerin 16 yaşından küçük olmamak üzere yaş sınırını daha da aşağıya çekebilecekleri belirtilmiştir (md. 9/3). Belirtmek gerekir ki, Siber Suç Sözleşmesinin çocuk pornografisi ile ilgili hükümleri pek çok ülkenin bu alandaki ceza mevzuatının şekillenmesinde önemli rol oynamıştır.

Konuyla ilgili uluslararası nitelikte belgelerden bir diğeri de Avrupa Birliği Konseyi’nin, 22 Aralık 2003 tarihli çocukların cinsel istismarı ve çocuk pornografisi ile mücadeleye ilişkin çerçeve kararıdır<sup>3</sup>. Çocuk pornografisi konusunda önemli yenilikler getiren bu kararda özetle: 1- Çocukların kural olarak 18 yaşını doldurana kadar koruma kapsamına alınması, 2- Çocuk pornografisi kavramının, yetişkin olduğu halde çocuk gibi görünen kişiler ile gerçek olmayan çocuk görüntülerini de kapsayacak şekilde genişletilmesi, 3- Suç sayılan fiiller için uygun bir ceza sınırının öngörülmesi, 4- Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun öngörülmesi, 5- Üye devletlerin hepsinde çocuk pornografisi suçunu ve aynı zamanda suç mağdurlarına yardım edilmesi ve onların korunmasını düzenleyen ortak hükümlerin kabul edilmesi, konuları karara bağlanmıştır.

---

<sup>2</sup> HELFER, s. 5.

<sup>3</sup> Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi, (20 Ocak 2004 tarih ve 13/44 L numaralı).



Ceza mevzuatımızda çocuk pornografisine ilişkin hükümler 5271 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "genel ahlaka karşı suçlar" başlıklı yedinci bölümünün "müstehecenlik" başlıklı 226. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddenin 3. fıkrasında, müstehecen görüntü, yazı ve sözlerin üretiminde çocukları kullanan kişilerle, bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişilerin cezalandırılması öngörülmüştür. Söz konusu hüküm suç teorisi açısından tartışmalı pek çok hususu içermektedir.

## II. MÜSTEHCENLİK SUÇUNUN HUKUKİ KONUSU

Çocuk pornografisini de içine alan "müstehecenlik" suçunu düzenleyen TCK'nin 226. maddesi, Kanunun "topluma karşı suçlar"ın yer aldığı üçüncü kısmında "genel ahlaka karşı suçlar"<sup>4</sup> başlığı altında düzenlenmiştir. Bu suç hem genel adaba aykırı düşen hem de suçun maddi konusunu oluşturan çocukların psikolojik ve fiziksel bütünlüğüne zarar veren bir takım davranışları yasaklamaktadır. Kanunda çocuk pornografisini de içine alan müstehecenlik suçunun kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmemiş olması, kanun koyucunun bireysel niteliğinden çok toplumsal niteliğine bakarak bu suçu tasnif ettiğini ve suçun, topluma ait bir değer olan ahlaka aykırılık yönünü, ihlal ettiği bireysel çıkarılara tercih ettiğini göstermektedir. Bu tercih, normun yorumlanması ve özellikle suçun failinin, mağdurunun ve maddi konusunun belirlenmesi açısından önemlidir. Bu itibarla suçun maddi konusunu oluşturabilen çocuklar aynı zamanda suçun doğrudan mağduru olarak kabul edilemez<sup>5</sup>. Maddede sadece müstehecen çocuk görüntülerinin değil aynı zamanda bu nitelikteki yazı ve sözlerin de suç sayılmış olması bu görüşü desteklemektedir; zira cansız nesnelere suçun pasif süjesi/mağduru olamayacağı açıktır<sup>6</sup>. Şüphesiz kanun koyucunun bu tercihi, çocukların bedensel ve ruhsal gelişimlerinin korunmasının göz ardı edildiği anlamına

<sup>4</sup> 765 Sayılı TCK'den farklı olarak yürürlükteki TCK'de, "genel adap" yerine "genel ahlak" teriminin kullanılmış olması doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Kanun koyucunun bu konudaki tercihinin bilinçli olmadığını ileri süren Hafizoğulları'na göre; "edep" ile "ahlak" eşanlamlı sözcükler olmayıp, beşeri cinselliğin hukuka aykırı tezahürleri daha çok "edep" ile ilgilidir. Bk. HAFIZOĞULLARI, "Cinsel Suçlar[1]", www.zekihafizogullari.com, atf tarihi, 11.03.2013.

<sup>5</sup> "Bir şeyin müstehecen olup olmadığı belirlenirken başvuru ortak hisler topluma ait bir değer olduğundan, bireyler ahlaka aykırı suçların pasif süjesi olamazlar." MAZZANTI, L'osceno e Il Diritto Penale, Milano 1962, s. 35.

<sup>6</sup> ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 2003, s. 189. Suçla korunan hukuki menfaatin çocuk hakları olduğu görüşü için bk. ÖZBEK, Müstehecenlik Suçu, Ankara 2009, s. 118 vd.

gelmez. Aksine çocuk pornografisinin suç sayılmasında, ahlaka aykırı olması kadar bu suçun bedensel ve ruhsal yönden çocuklara verdiği zararın da etkili olduğu açıktır. Bu açıdan bakıldığında çocuk müstehcenliği suçunun pek çok suç gibi birden çok hukuki varlık veya menfaati koruduğu söylenebilir<sup>7</sup>.

Kanun koyucunun bu tercihi, çocuk pornografisini de içine alan müstehcenlik suçunun genel ahlaka aykırılık yönünü üstün gördüğü ve böylece çocukların korunmasını ikinci plana ittiği gerekçesiyle eleştirilebilir. Gerçekten de yabancı ceza kanunlarının bir bölümünde bu suç bireye karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Örneğin İtalyan Ceza Kanununda çocuk müstehcenliği suçu “kişiye karşı suçlar”ın yer aldığı kısımda “kişi özgürlüğüne karşı suçlar” arasında “bireyin şahsına karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Kanunun bu tasnifinden, söz konusu suçun hukuki konusunun, fiziksel, psikolojik, ruhsal, ahlaki ve sosyal yönden bir bütün olarak küçükleri, cinsel yönden istismar eden fiillere karşı korumak olduğu anlaşılmaktadır<sup>8</sup>. Aynı başlık altında ayrıca, köleleştirme, çocuklarla fuhuş amaçlı gezilerin düzenlenmesi veya çocukların fuhşa teşvik edilmesi gibi suçlara da yer verilmiştir. Türk Ceza Kanunu’nda ise müstehcenliğin yanı sıra çocukların fuhşa teşvik edilmesi de genel ahlaka suçlar arasında yer almıştır (TCK md. 227).

Alman Ceza Kanununda ise 1973 yılına kadar çocuk pornografisinin de aralarında bulunduğu suçlar “genel ahlaka karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmişti. Ancak daha sonra yapılan ceza kanunu reformuyla bu suçun altında yer aldığı başlık “cinsel özgürlüğe karşı suçlar” olarak değiştirilmiştir. Alman doktrininde Alman Ceza Kanununun 13<sup>a</sup> bölümünde yer alan suçların hepsinin cinsel özgürlüğü ihlal etmediği farklı hukuki varlıkları ihlal eden suçların da aynı bölümde yer aldığı ittifakla kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

Çocukların müstehcen ürünlerin üretiminde kullanılmasını yasaklayan hükümler Kanunun “müstehcenlik” başlığını taşıyan 226. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Öncelikle madde başlığının suçun içeriğini doğru yansıtmadığını ve bu nedenle yerinde olmadığını belirtmek gerekir. Zira suç sayılan müstehcenlik olmayıp, müstehcen nitelikteki bazı

---

<sup>7</sup> Suçun hukuki konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bk. ANTOLISEI, s. 175 vd. ROCCO, L’oggetto del Reato e della Tutela Giuridica Penale, Torino 1913, s. 22 vd., TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 87 vd.

<sup>8</sup> CADOPPI, Commentario dele Norme Contro La Violenza Sessuale e Contro La Pedofilia, Padova 2006, s. 122.

<sup>9</sup> HELFER, s. 59.

ürünlerin, üretilmesi, elde edilmesi ve topluma sunulması konusundaki bir takım sınırlamalara uyulmamasıdır.

TCK'nin “genel ahlaka karşı suçlar” başlıklı yedinci bölümünde beş ayrı suç tipine yer verilmiştir. Bunlar sırasıyla, “hayasızca hareketler”, “müstehcenlik”, “fuhuş”, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama” ve “dilencilik”tir.

Kanunun bu bölümünde düzenlenen suçlar, bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere genel ahlakı korumayı amaçlamaktadır. Dar anlamda kullanılan “Genel ahlaka karşı suçlar” ifadesi toplumun etik değerlerine aykırı bütün suçları kapsamamakta, ağırlıklı olarak cinsel içgüdülerin ahlak kurallarıyla çelişen bir takım tezahürlerini suç sayan hükümleri içine almaktadır. Zira mevzuatımızdaki hırsızlıktan adam öldürmeye, yalancı tanıklıktan iftiraya kadar pek çok suçun aynı zamanda geniş anlamda ahlaka aykırı olduğu açıktır. Bu itibarla bu suçlar bakımından söz konusu olan genel ahlaktan çok cinsel ahlak<sup>10</sup>.

### III. MÜSTEHCENLİK KAVRAMI

Kanunun çocuk pornografisini düzenleyen hükümlerinin incelenmesine geçmeden önce “müstehcenlik” kavramının açıklanması gerekir. Zira TCK'nin 226. maddesinde düzenlenen suç madde başlığından da anlaşılacağı üzere, bu kavram etrafında şekillenmektedir. Kanunda müstehcenliğin tanımı yapılmamıştır. Böylece kanun koyucunun müstehcenliğin tanımlanmasını doktrin ve içtihatlarla bırakmayı tercih ettiği söylenebilir.

Müstehcenlik sözcüğü dilimize de yerleşmiş olan pornografi sözcüğüne karşılık gelmektedir. “Pornographie” sözcüğü, geç dönem Yunancasında, “fahişelik hakkında yazan” anlamına gelen “pornographos” sözcüğünden türemiştir. “Graphos” (graphein eylemi, “yazmak”) ve –parne nin ( “pernemi” nin türevi, “köle, mal satmak”) bir araya gelmesi ile oluşur ve “satılık kadın” ı ifade eder<sup>11</sup>.

“Pornographe” sözcüğüne ilk defa Restif de la Bretonne, “Le Pornographe” adlı eserinde etimolojik olarak yer vermiş, bu kelime yerini bugün Fransızca aslında “pornographie” ye bırakmış ve Fransızca'dan dilimize “pornografi” olarak girmiştir. “Açık saçık yayın veya resim; edebe aykırı kitap veya resim” anlamında kullanılmaktadır.

<sup>10</sup> ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale-I, Milano 2002, s. 522.

<sup>11</sup> GIZZI, s. 405. Pornografi sözcüğünün ne anlama geldiği konusundaki geniş açıklamalar için bk. ÖZBEK, s. 19 vd.

Kanunumuzda “pornografi” yerine “müstehecenlik” terimi kullanılmaktadır. Müstehecenlik sözcüğü ise yine Arapça olan “hücnat” sözcüğünden türeyerek dilimize geçmiş olup bu kelime sözlüklerde; “ayıp, noksan, kusur, bayağılık, soysuzluk”<sup>12</sup> olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma bağlı olarak aynı sözlüklerde “müstehecen” sözcüğü, “istihcan edilmiş, açık saçık, edepsizce” olarak açıklanmaktadır. Tanımda yer alan “edep” sözcüğünün anlamı ise; “ iyi terbiye, naziklik, usluluk, zariflik”tir.

Yukarıdaki tanımlar müstehecenliğin sözlük anlamını ortaya koysa da, konumuz açısından önemli olan kavramın hukuki anlamıdır. Müstehecenliğin tanımına yer veren İtalyan Ceza Kanununda müstehecenlik, “ortak hislere göre, utanma/utanç duygusuna dokunan, bu duyguyu rencide eden hareketler ve şeyler” olarak tanımlanmıştır (İCK md. 529). Çerçeve bir nitelik taşıyan bu tanım, müstehecenliği yeterince ifade etmediği ve müstehecenliğin ölçüsü olan “ortak edep hissi”nin ne olduğuna açıklık getirmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>13</sup>.

Öte yandan müstehecenliği çıplaklıktan ayırmak gerekir; müstehecenlik, cinsel güduları tahrik etmek amacıyla çıplaklığın sergilenmesidir. Bu amaç olmadan tek başına çıplaklığı müstehecen saymak mümkün değildir. Aynı şekilde cinsel ilişkinin estetik yönünü ve güzelliğini ön plana çıkaran bir eser de müstehecen sayılamaz<sup>14</sup>. Bu itibarla cinsel duyguları tahrik amacı güdülmeyen bir sanat eserinin müstehecen olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Bir davranışı veya nesneyi müstehecen hale getiren unsurların neler olduğunun bilinmesi, bunu esas alarak yasaklanmış olan davranışların tespit edilmesi bakımından önemlidir. Ayrıca tespit edilen bu unsurlar sayesinde müstehecenliği anlam olarak kendine yakın olan kavramlardan ayırmak mümkün olacak ve müstehecenliğin çeşitli tezahürlerini yasaklayan hükümlerin yanlış yorumlanmasının önüne geçilebilecektir. Böylece suç oluşturan fiillerin içeriğinin, kapsamının ve sınırlarının olabildiğince belirli hale getirilmesiyle, uygarlığın ve özgürlüğün güvencesi olan kanunilik ilkesinin gereği de yerine getirilmiş olur<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> DEVELLİOĞLU, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 2000, s. 388.

<sup>13</sup> Bk. MAZZANTI, s. 29; LATAGLIATA, “Atti Osceni e Atti Contrari alla Pubblica Decenza”, Enciclopedia del Diritto VI, 1959, s. 49 vd. Müstehecenlik kavramı anlamı ile ilgili farklı görüşler için ayrıca bk. PALLADINO, La Tutela Penale del Pudore e Studi Giuridici Vari, Milano 1960, s. 6 vd.

<sup>14</sup> TOROSLU, “Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları”, Medta Gücü ve Demokratik Kurumlar, İstanbul 1999, s. 67.

<sup>15</sup> MAZZANTI, ss. 29-30.

İtalyan doktrininde müstehcenliğin ölçütü olan toplumun “ortak edep anlayışı”nın nasıl belirleneceği ile ilgili olarak iki ayrı temel yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bunlar tarihsel görecelilik (storico-relativistico) yaklaşımı ve deontolojik yaklaşım olarak adlandırılır.

İtalyan doktrininde ve uygulamasında ağırlıklı olarak benimsenen tarihsel görecelilik anlayışına göre, belli bir dönemde ve yerde yaşayan toplumun tipik ve kendine özgü müşterek hisleri o toplumun ortak edep hislerini belirler ve buna bakarak bir davranışın müstehcen olup olmadığına karar verilir. Böylece tek tek bireylerin değil çoğunluğun hislerine göre edebe aykırı yani müstehcen olarak görülen davranışlar cezai yaptırımın konusu olur. Dolayısıyla korunan değer bir toplumun belli bir zaman dilimindeki edep anlayışdır ve bunun belirlenebilmesi için toplumun güncel şartlarının değerlendirilmesi gerekir. Bu anlayışa göre, zamandan ve yerden bağımsız bir ortak edep duygusundan söz edilemeyeceği gibi bu ortak duygunun toplumdaki gelişmelere bağlı olarak değişmesi ve bu nedenle göreceli olması da kaçınılmazdır<sup>16</sup>.

Deontolojik anlayışa göre ise ortak edep hislerinin, görecelilik anlayışının keyfililiğinden ve esnekliğinden kurtarılarak zamana ve yere göre değişmeyen ve her toplum bakımından geçerli olan objektif bir anlama sahip olduğu kabul edilmelidir<sup>17</sup>. Bu belirlenirken toplumdaki ortalama, normal, sıradan bir insanın değer yargısı esas alınmalıdır.

Hukuki pek çok kavram gibi müstehcenliğin ölçütünü belirleyen ve ahlakın bir parçası olan ortak edep anlayışının toplumdan topluma ve zamandan zamana değiştiğini, geçmişte müstehcen olduğu düşünülen pek çok şeyin günümüz değer yargılarına göre değerlendirildiğinde müstehcen sayılmadığını tespit etmek mümkündür. Dolayısıyla müstehcenlik kavramının zamana ve yere göre değişen bir içerik taşıdığı açık olup bu nedenle değişimi reddeden deontolojik anlayışın kabulü mümkün görünmemektedir<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> MAZZANTI, s. 32; FIANDACA, *Problematica Dell'Osceno e Tutela Del Buon Costume*, Padova 1984, s. 9.

<sup>17</sup> MAZZANTI, s. 32 vd; FIANDACA, s. 10 vd.

<sup>18</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.03.1996 tarih 1996/5-27 E., 1996-45K. no'lu kararında müstehcenlik kavramı üzerinde şu şekilde durulmuştur. “*Öğretide, müstehcenlik kavramını tanımlamanın güçlüğü dile getirilip daha ziyade hangi hallerin müstehcen sayılabileceği açıklanmaya çalışılmıştır. Müstehcenlik anlayışı toplumdan topluma değiştiği gibi, aynı toplum içinde toplumsal değerlere bağlı olarak da değişikliğe uğramaktadır. Bu kavramın varlığını tespitinde, fiilin işlendiği zamanın sosyal ve kültürel düzeyinin göz önünde tutulması yanında, sübjektif kıstasa göre failin saiki dikkate alınmalı, cinsel duyguları tahrik gayesi olup olmadığı araştırılmalıdır. Objektif olarak da, müstehcen olduğu ileri sürülen eseri*

Öte yandan çocuk pornografisi açısından müstehcenliğin anlamının belirlenmesinde Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin eki olan "Çocukların Satılması, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Seçmeli Protokol"de yer alan tanım pekâlâ yol gösterici olabilir. Söz konusu tanıma göre çocuk pornografisi, "*Çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi anlamına gelir.*"

#### IV. ÇOCUK PORNOGRAFİSİNİ DÜZENLEYEN HÜKÜMLERİN İNCELENMESİ

Çocuk pornografisi esasen TCK'nin 226. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması yasaklanmıştır. Maddede ayrıca bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişilerin de cezalandırılması öngörülmektedir. Çocuk pornografisi suçunun maddi unsurunu oluşturan bu seçimlik hareketlerin ne anlama geldiğini ortaya koymak gerekir.

Buna göre müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretilmesinde çocukların kullanılması yasaklanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki; çocuk deyimi Kanunda henüz on sekiz yaşını tamamlamamış kişi olarak tanımlanmıştır (TCK md. 6/b). Çocukların kullanılmasıyla kastedilen çocukların müstehcen bir ürüne konu edilmesidir. Hükümde çocukların istismarından değil sadece kullanılmasından söz edildiği için müstehcen ürünün ticari bir amaçla meydana getirilmiş olması gerekmez. Bu itibarla failin ekonomik bir yarar elde etme amacı olmadan sadece kendi cinsel güdülerini tatmin için meydana getirdiği ürünler de suç sayılmaktadır<sup>19</sup>. Ürün kavramının konuyla ilgili olan anlamı, "bir tutum ve davranışın ortaya

---

*okuyan, dinleyen ve izleyen kişi esas alınarak onun görüşüne değer verilmelidir. Zira, Ceza Kanunumuz, fiilin objektif ve sübjektif koşullara bağlı olarak müstehcen olmasını aramıştır. Bu açıklamaların ışığı altında bakıldığında; dava konusu gazetenin birinci sayfasında "Kadın değil felaket", son sayfasında aynı kadına ait ve "Aman Tanrım bu ne güzellik" alt yazıları ile basılan ve tenasül uzuvları görülmeyen resimlerin yanındaki yazı içeriklerine göre; kadının estetik vücut güzelliğini ön plana çıkaran ve benzer pozların Playboy dergisinde de yer aldığını belirten bir habere ilişkin olarak basıldıkları, görünüm ve kompozisyon itibarıyla ar ve haya hislerini rencide eder nitelikte olmadıkları, özellikle cinsi arzuların istismarı amacıyla yayınlanmadıkları ve küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacak mahiyette bulunmadıkları görülmüştür." (ÖZBEK, ss.22-23)*

<sup>19</sup> Bu durumun suçun kapsamını çok fazla genişlettiği yönündeki eleştiriler için bkz. COPPI, s. 430 vd. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2010/2024 E., 2010 6003 K. no'lu kararında kişisel amaçlı olarak fiilin işlenmesi halinde de suçun oluşacağı açıkça kabul edilmektedir.

çıkardığı şey”dir<sup>20</sup>. Buna göre suçun oluşabilmesi çocuğun kullanıldığı müstehcen bir ürünün meydana getirilmiş olmasına bağlıdır. Çocukların kullanıldığı bir ürünün hangi durumlarda müstehcen sayılabileceği ile ilgili olarak “Çocukların Satılması, Çocuk Fahşeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Seçmeli Protokol”de yer alan yukarıda alıntılanan tanımın esas alınması gerekir. Söz konusu suç açısından ortaya çıkan ürün, görüntü, yazı veya sözler şeklinde olabilir<sup>21</sup>. Bu itibarla bir çocuğun kendi bedenini kullanarak meydana getirdiği müstehcen ürünlerden dolayı sorumlu tutulması mümkündür<sup>22</sup>.

Kanunun 226. maddesinin 3. fıkrası açısından meydana getirilen yazı veya sözler şeklinde ortaya çıkan ürüne konu edilen çocuğun gerçek bir çocuk olması gerekmediği gibi gerçek bir çocuğu konu alan yazı veya sözün doğru olması da gerekmemektedir. Bu nedenle çocukla ilgili gerçek bir olaya dayanmayan müstehcen bir hikâyenin yazılması suç oluşturur. Öte yandan madde hükmünde yer alan çocukları kullanan ifadesi bazı tereddütlere yol açmaktadır. Şöyle ki; çocukmuş gibi görünen kişilere ait görüntüler ile çocuğu temsil eden gerçekçi bir imajın müstehcen bir üründe kullanılmasının madde kapsamına girip girmediği tartışmalıdır. Nitekim İtalyan Ceza Kanunu’nda 6 Şubat 2006 tarihinde yapılan değişiklikle, çocuk pornografisini düzenleyen hükümlerin, çocuğu temsil eden imajların yer aldığı pornografik ürünler bakımından da uygulanacağı belirtilmiş ancak bu halde cezadan indirim yapılması öngörülmüştür (İCK md. 600 quater). Benzer bir değişikliğin Kanunumuzda da yapılması halinde bu konudaki tereddütler giderilmiş olur.

Çocukların kullanıldığı müstehcen ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, *bulundurulması* ya da başkalarının kullanımına sunulması suçun maddi unsurunu oluşturan diğer seçimlik davranışlardır. Bunlar içinde “bulundurmak” kavramı üzerinde durmak gerekir. Bulundurmanın anlamı sahip olmaktır. Bulundurmanın suç sayılmasının nedeni, çocukların kullanıldığı müstehcen ürünlere yönelik talebi baskılamaktır. Bulundurmanın suç sayılmış olması eleştiriye açıktır. Her şeyden önce ceza hukuku bir süjeden kaynaklanan ve başka bir süjenin alanına giren fiilleri cezalandırır. Başka bir süjenin alanına girmeyen, onu ilgilendirmeyen, başka bir süjeye ait bir menfaati veya varlığı ihlal etmeyen davranışlar “ihlal edici” olmadığından suç sayılmamalıdır<sup>23</sup>. Aksi durumda kişilerin iç dünyasına ilişkin davranışlar cezalandırılmış olur.

<sup>20</sup> Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1974, s. 823.

<sup>21</sup> Fıkra da sözlerin yanı sıra seslere de yer verilmesinin gerekli olduğu görüşü için bk. ÖZBEK, s. 123-124.

<sup>22</sup> Aynı görüş için bk. ÖZBEK, s. 124.

<sup>23</sup> MANTOVANI, s. 192 vd.

Çocuk pornografisini içine alan TKC'nin 226. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, üçüncü fıkrada çocukları korumaya yönelik iki ayrı suç tanımına yer verilmiştir. Bir yandan müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suç sayılırken öte yandan, çocukların kullanıldığı müstehcen ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arzı, satışı, nakli, depolanması, ihracı, bulundurulması ya da başkalarının kullanımına sunulması da yasaklanmıştır. Her iki tanım birlikte değerlendirildiğinde, suça vücut veren davranışların son derece kapsamlı bir alanı düzenlediği görülmektedir. Üretimin ve dağıtımın her aşamasının suç sayılmış olmasının amacı bu yöndeki bir talebi baskılayarak, nihai amaç olan çocukların cinsel yönden kullanılmasını önlemektir<sup>24</sup>. Çocukların başkalarının cinsel içgüdülerinin tatmin edilmesinde araç olarak kullanılmasını yaptırma bağlamak suretiyle, onların fiziksel ve ruhsal yönden gelişimlerine zarar verecek bu tür davranışlardan korunmaları sağlanmış olur.

Çocukların kullanıldığı müstehcen ürünlerin meydana getirilmesinin amacı genellikle bu ürünlerin ticaretinden ekonomik çıkar elde etmek olduğundan üreten ve ticaretini yapan kişinin aynı olması halinde failin iki ayrı suçtan değil sadece üretmekten dolayı cezalandırılması gerekir. Aksi takdirde ürünü meydana getiren failin ürettiği ürünü bulundurmaktan dolayı da ayrıca cezalandırılması gibi kabul edilemez bir durum ortaya çıkar. Öte yandan failin bu ürünleri ülkeye sokmak, çoğaltmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, ihraç etmek, bulundurmak veya başkalarının kullanımına sunmaktan dolayı cezalandırılabilmesi için üretim faaliyetine katılmamış olması gerekir.

Çocuk pornografisini düzenleyen madde hükmünde çocukların istismarından değil kullanılmasından söz edilmiş olması nedeniyle, çocuğun ruh ve beden sağlığına zarar vermeyecek şekilde bile olsa müstehcen görüntülerin elde edilmesi suçun maddi unsurunun gerçekleşmesi için yeterlidir.

Çocuk pornografisi suçunun çocukları fuhşa sürüklemekten farkı, müstehcen ürünün üretiminde kullanılan çocukların bu ürünlerin müşterisi olan kişilerle doğrudan veya dolaylı herhangi bir temasının sağlanmamasıdır<sup>25</sup>.

On sekiz yaşından küçük her çocuğun müstehcen sayılan ürünlerde kullanılması suç oluşturmaktadır. Öte yandan pek çok ülkenin ceza mevzuatında, belli bir yaşın üstünde olan çocukların rızalarıyla cinsel

---

<sup>24</sup> GIZZI, "Il Delitto di Pornografia Minorile (Art. 600 Ter Primo e Secondo Comma C.P. e Art. 600 Quater. 1 C.P.)" I Reati Sessuali I Reati di Sfruttamento dei Minori e di Riduzione in Schiavitù Per Fini Sessuali", Torino 2007, ss. 399-442, s. 401; COPPI, s. 423.

<sup>25</sup> COPPI, ss. 434-435.



ilişkiye girmeleri suç sayılmamakta ve böylece bu çocukların cinsel özgürlüğe sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>26</sup>. Buna karşın çocuk pornografisi suçu bakımından aynı yaştaki çocukların rızalarına hiç bir etki tanınmamaktadır<sup>27</sup>.

TCK md. 226/7’de, müstehcenlik suçuna ilişkin bir hukuka uygunluk nedenine yer verilmiştir. Söz konusu hüküm; “Bu madde hükümleri bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.” şeklindedir. Buna göre çocuk pornografisini düzenleyen üçüncü fıkra açısından sadece bilimsel eserler yönünden hukuka uygunluk nedeni kabul edilmiştir. Çocukları konu alan sanat ve edebiyat eserleri ise müstehcen sayılabilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki; sanat ve edebiyat eseri niteliğindeki bir ürün müstehcen sayılmamalıdır. Zira sanat ve edebiyat eserlerinde cinsel dürtülerin tahrik edilmesi gibi bir amaç güdülmez. Bu itibarla müstehcen nitelikte bir ürün sanatsal ve edebi değeri olan bir eser olarak nitelendirilemez<sup>28</sup>.

TCK md. 226/3’de düzenlenen suç genel kast işlenebilen bir suçtur. Bu itibarla failin müstehcen ürünü ne amaçla ürettiğinin veya bulundurduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Öte yandan kast için failin yaydığı, dağıttığı, alenileştirdiği pornografik ürünün küçüklerin kullanılması suretiyle elde edildiğini bilmesi gerekir.

---

<sup>26</sup> Avustralya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Hollanda, İspanya, İsveç, İngiltere gibi ülkelerde cinsel yetişkinlik yaşı 18 yaşın altında olmasına karşın yine bu ülkelerin büyük bir bölümünde çocuk pornografisine ilişkin yasal düzenlemelerde 18 yaş alt sınırı olarak belirlenmiştir.

<sup>27</sup> Bu konudaki eleştiri ve değerlendirmeler için bk. GIZZI, s. 403. İtalyan doktrininde ileri sürülen bir hipoteze göre, çocuk 14 yaşın altında ise cinselliğini pornografik amaçla kullanmak yönündeki rızası tamamen geçersiz sayılmalı, 14 yaşından büyük 16 yaşından küçük ise bu rızanın kural olarak istismar sonucu elde edildiği varsayılmalı ve görünürdeki rızaya rağmen suç oluşmalı, 16 yaşından büyük çocukların ise cinsel yönden bedenleri üzerinde diledikleri gibi tasarruf edebilecekleri kabul edilmelidir. Bk. CADOPPI, Commento all’art. 600 ter, I e II comma c. p. AA.VV., Commento dele norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV ed. Padova, 2006, s. 148. Cadoppi’nin ileri sürdüğü bu düşüncenin İtalyan Ceza Kanununun (İCK) konuyu düzenleyen hükmünün yorumuna yer bırakmayan lafzına uygun düşmediği açıktır. Zira İCK’nin “çocuk pornografisi” suçunu düzenleyen 600 ter/1 maddesinde açıkça 18 yaşından küçüklerden söz edilmektedir.

<sup>28</sup> Aynı görüş için bk. TOROSLU, s. 66; ÖZBEK, s. 137.

## **KAYNAKÇA**

- 1- ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 2003.
- 2- ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale-I, Milano 2002, s. 522.
- 3- CADOPPI, Commentario delle Norme Contro La Violenza Sessuale e Contro La Pedofilia, Padova 2006.
- 4- DEVELLİOĞLU, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 2000.
- 5- FIANDACA, Problematica Dell'Osceno e Tutela Del Buon Costume, Padova 1984.
- 6- GIZZI, "Il Delitto di Pornografia Minorile (Art. 600 Ter Primo e Secondo Comma C.P. e Art. 600 Quater. 1 C.P.)" I Reati Sessuali I Reati di Sfruttamento dei Minori e di Riduzione in Schiavitù Per Fini Sessuali", Torino 2007.
- 7- HAFIZOĞULLARI, "Cinsel Suçlar[1]", www.zekihafizogullari.com, atf tarihi, 11.03.2013.
- 8- HELFER, Sulla Repressione della Prostituzione e Pornografia Minorile, Padova 2007.
- 9- LATAGLIATA, "Atti Osceni e Atti Contrari alla Pubblica Decenza", Enciclopedia del Diritto VI, 1959
- 10- MAZZANTI, L'osceno e Il Diritto Penale, Milano 1962.
- 11- PALLADINO, La Tutela Penale del Pudore e Studi Giuridici Vari, Milano 1960.
- 12- ROCCO, L'oggetto del Reato e della Tutela Giuridica Penale, Torino 1913, s. 22 vd.
- 13- TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.
- 14- TOROSLU, "Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları", Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar, İstanbul 1999.

# DEVLETİN BİRLİĞİNİ VE ÜLKE BÜTÜNLÜĞÜNÜ BOZMAK SUÇU (TCK. m.302)

*Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI\**

## I. KANUNUN DÜZENLEMESİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ‘Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma suçu’, 302. maddesinde üç fıkra olarak düzenlemiştir. Maddenin 1. fıkrasında, suç tipi düzenlenmiş, 2. fıkrasında, bu suçun işlenmesi sırasında başka bir suçun işlenmesi halinde ayrıca işlenen suçtan da cezalandırılacağı kabul edilmiş ve 3. fıkrada ise, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, “(1) Devlet topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymaya veya Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya veya birliğini bozmaya veya Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik bir fiil işleyen kimse, ağırlatılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.”

Devletin ülkesinin tamlığına, bağımsızlığına veya birliğine vaki saldırılar, *crimineae laesae maiestatis*, tarihte, salt düşüncede kaldığında bile, en ağır ve acımasız cezalarla cezalandırılmıştır. Suça, meşruiyetine, tanımına, cezasına ve yargılanmasına ilişkin, ciddi ilk tartışmalar, Aydınlanma düşüncesi ile birlikte başlamıştır<sup>1</sup>. Tersine de denmiş olmakla birlikte, felsefi açıdan siyasi suçlara yer verilmesinin kabul edilebilir olmadığı; bilimsel açıdan bunların “siyasi firkaların” amaçlarına göre değiştiği ileri sürülmüştür<sup>2</sup>.

Ancak, halen başyapıt olarak bilinen İtalyan Zanardelli Kanunu, ciddi tartışmalar<sup>3</sup> sonunda, İkinci Kitap, Devletin Emniyetine Karşı Cürümler, Birinci Fesil, Vatan Aleyhine Cürümler alt başlığı altında, bu suça yer vermiş bulunmaktadır.

---

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1976, Cilt:2, s. 2 vd.

<sup>2</sup> Carrara, Programma, Lucca, 1877 p. 3924. Carrara, günümüz ceza hukukunun temellerini attığı eserinde, Devlete Karşı Suçlara belirtilen gerekçeyle yer vermemiştir.

<sup>3</sup> Majno, Ceza Kanunu, s. 4 vd.

Kanun, suç, “Her kim devletin tamamını veya bir kısmını yabancı idaresine geçirmeye yahut istiklâlinin tenkisine veya ittihadının çözümesine medar olacak **doğrudan doğruya bir fiil irtikâp ederse** müebbet ağır hapis ile cezalandırılır” biçiminde tanımlamaktadır<sup>4</sup>. Zanardelli Kanunundan alıntılanan mülga 765 sayılı mülga Ceza Kanununun, 125. maddesinde, 1936/3038 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önce, suçun söz konusu bu tanımına yer vermiştir.

Zanardelli Kanununu yürürlükten kaldıran İCK., suç, 241. maddesinde, herkim yukarıda belirtilen değerleri doğrudan doğruya ihlale ( a ) yönelik bir fiil ( un fatto diretto a ) işlerse [ölüm / müebbet hapis cezası ile] cezalandırılır demektir.

Mülga 765 sayılı Kanun, 1936/3038 sayılı Kanunla değişik 125. maddesinde, suç, bu kez, İCK’ unun benzeri olarak, söz konusu değerleri **ihlale ( a ) matuf bir fiil işleyen** kimse [ölüm / müebbet hapis cezası ile] cezalandırılır biçiminde ifade etmiştir.

Ancak, suçun bu “ifade”, yani “kalıp” ile ifadesinin, “Kalkışma suçları”<sup>5</sup> üzerine yapılan çalışmalara bağlı olarak, yeterli olmadığı, ayrıca ifade hürriyetini kısıtlayıcı olduğu düşünülmüş, 24 Şubat 2006, n. 85/m.1 sayılı Kanunla<sup>6</sup> İCK’ un 241 maddesi hükmü eleştiriler doğrultusunda yeniden düzenlenmiştir.

Suç, bu kez, “Herkim, Devletin ülkesini ya da ülkesinin bir kısmını yabancı bir Devletin egemenliği altına koymaya veya Devletin bağımsızlığını azaltmaya yahut birliğini bozmaya **doğrudan yönelik, elverişli ve cebri davranışlarda bulunursa, daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde,** on iki yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.” “Fiil kamusal faaliyetin icrasına ilişkin bir görevin ihlalini oluşturduğunda ceza artırılır.” biçiminde ifade edilmiştir.

Gerekçesine, komisyon çalışmalarına bakıldığında, Kanun, 302. maddesinde, suç oluşturan fiili tanımlama, yani tipleştirme yönünden, Aydınlanmadan bu yana izlene gelen yolu, yapılagelen tartışmaları göz ardı

<sup>4</sup> Çeviri, Majno, Ceza Kanunu Şerhi, 2, sayfa, 1’den alınmıştır.

<sup>5</sup> Gallo, Il delitto di attentato nella teoria generale del reato, Milano 1966; Fiandaca- Musco, Diritto penale, Dritto penale, parte speciale, Volume I, Zanichelli, Bologna, 1993, s. 5 vd.; Canestrari, ecc., Diritto penale, Lineamenti di parte speciale, Terza edizione, Monduzzi Editore, Bologna 2003, s. 22 vd.; Commissione Grosso – per la riforma del codice penale ( 1 ottobre 1998 ) Delitto tentato e delitti di attentato ( allegato alla relazione del 15 luglio 1999 ) Tecnica di incriminazione e tipologia dei delitti contro lo stato, Ministro della Giustizia Percorso chiari e precisi, un tuo diritto ( Ceza Kanunu Reformu Komisyonunu Raporu, internetten alınmıştır )

<sup>6</sup> Gazzetta Ufficiale n. 60 del 13 marzo 2006

ettiği gözlenmektedir. Kanun söz konusu maddenin, birinci fıkrasında, suçun ve cezanın ...'a “*yönelik bir fiili işleyen kimse ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır*” denerek tanımlaması, ikinci fıkrasında, “*bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur*” denmesi, bir yandan düşüncenin kendisini ve ifadesini suç sayma tehlikesine yol açarken, öte yandan *bir fiilin* iki ayrı ceza ile cezalandırılmasına, tabiri caizse bir koyundan iki post çıkarılmasına yol açmaktadır. Ülkenin kemikleşmiş bir terör ve terörizmin etkisi altında bulunması, kanunilik ilkesine uygun olarak suçun ifadesinde, Aydınlanmadan bugün gelinmiş olan çizginin göz ardı edilmesini haklı kılmaz. Düzenleme, AİHS ve Anayasaya aykırı düşmektedir.

TMK., 3. maddesi hükmünde 302. Maddede hükmünde öngörülen suçun “terör suçu” saymaktadır. Suçun, böyle nitelendirilmiş olması, soruşturulması, kovuşturulması ve infazında, TMK’ un uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu, TMK’ un, suçta, suçta olmayanı eklemesidir.

## II. FAİL, HUKUKİ KONU ve MAĞDUR

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ...’ a yönelik bir fiil işleyen “kimse” dediğinden, herkes, vatandaş veya yabancı, suçun failidir<sup>7</sup>. Sadece vatana ihanetten sorumlu tutulan Cumhurbaşkanı da bu suçun faili olur<sup>8</sup>. Tanımdan, suçun, teknik yapısı olarak, tek faille işlenebilen bir suç olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu, suçun, çok failli bir suç olmaması demektir. Bu suçta, arızı(muhtemel) iştirak olur, zorunlu iştirak (çok failli suç) olmaz. Suça iştirakin her çeşidi mümkündür<sup>9</sup>.

Bununla birlikte, suç, genelde, ya suça iştirak halinde olan, ya da bir suç örgütünün faaliyeti cümlesinden olarak bir arada olan, birçok kimse tarafından birlikte işlenebilmektedir. Elbette, bu halde, suça katılan her bir failin sorumluluğu, suça iştirak veya Suç işlemek için örgüt kurmak suçu ( CK. m. 220, 314 ) kuralları esas olmak üzere belirlenecektir.

Burada, kalkışma suçları tekniğinde oluşturulmuş, Devletin kişiliğine karşı bir suç söz konusu olmaktadır. Suçun hukuki konu, ulusal ve uluslararası hukukun bir varlığı olan Devletin, birliği, bağımsızlığı ve ülkesinin bütünlüğü güvence altına alınarak, egemenliği temel değerinin

<sup>7</sup> Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 6; Manzini, , Trattato di dritto penale Italiano, IV, Torino, 1982, s.24; Erem, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler,Cilt II, Ankara, 1969., s. 19

<sup>8</sup> Manzini, Trattato, s. 25

<sup>9</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH, s. 20

korunmasına ilişkin çıkarıdır<sup>10</sup>. Gerekçede, korunan yarar, Devletin ülkesinin bütünlüğü ve egemenliğidir denmektedir.

Suçun mağduru, diğer kişilerden farksız, bir kamu tüzel kişisi olarak, varlığının korunmasında çıkarları olan Devletin kendisidir. Ancak, bu durum, mağdur yanında, ayrıca suçtan zarar gören başka kimselerin olmasına engel değildir. Elbette, suçtan zarar görenler, Cumhuriyet savcısı yanında kamu davasına katılma imkânına sahiptirler.

### III. FİİL

Kanun, fiili, failin, “Devletin topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına kaymaya veya Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya veya birliğini bozmaya veya Devletin egemenliği altındaki topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik bir fiil” işlemesi olarak tanımlamaktadır.

Devletin topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına kaymak, Devletin topraklarının tamamının veya bir kısmının yabancı bir devletin egemenliği altına konulması, yabancı devlete ilhak edilmesidir. Devletin toprakları ülke anlamındadır. Ülke, sınırları iki veya çok taraflı antlaşmalarla belirlenmiş toprak parçasıdır. Karasuları ülkeden sayılmaktadır. Ülkeye benzetilenler, ör., askeri gemiler, uçaklar, vs., açıkça “Devletin toprakları” dendiğinden, hükmün kapsamı dışındadır. Toprakların tamamının veya bir kısmının yabancı bir devletin egemenliği altına koymak, o topraklar üzerinde egemen olan Devletin egemenliğinin yabancı bir devlet tarafından, tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması, dolayısıyla işgalci devletin, o toprakların tamamı veya bir kısmı üzerinde egemenliğini tesis etmesidir. Ayrıca, Devletin toprakların bir kısmının, yabancı devlet kuvvetleri tarafından geçici olarak işgali edilmesi sırasında, işgalin, bir kısım halkın veya kamu görevlisin ilhaka dönüşmesine çalışılması fiili, doktrinde, hükmün kapsamı içinde görülmektedir<sup>11</sup>.

Devletin bağımsızlığın zayıflatmak, Adalet Komisyonundaki Görüşmelerde tartışılmıştır. Kimi “azaltmak” sözünün, ne kadar hukuki ve doğru olduğunu sorarken; kimi yerine “zayıflatmanın” olabileceğini, hatta kimi tümden kaldırılması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak, sözün zaten mülga kanununun 125. maddesinde “tenkis” olarak mevcut olduğunu, burada sadece “Türkçeleştirildi” ifade etmiş, sonunda “zayıflatmak” kabul edilmiştir<sup>12</sup>. İCK., hükmü ( m. 241 ) Devletin bağımsızlığını “menomare” = eksiltmek, azaltmak, zarar getirmek<sup>13</sup> biçiminde ifade etmektedir. Burada,

<sup>10</sup> Fiandaca-Musco, Diritto penale, PS, s. 8

<sup>11</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 27

<sup>12</sup> Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, TC. Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, Şubat 2005, s. 142.

<sup>13</sup> Bonelli, Lessico Italiano-Turco, Roma, 1952, s. 178

doğru ifadenin, eksiltmek, azaltmak olduğunu; bağımsızlığı zayıflatmaktan, bağımsızlığın eksiltilmesinin, azaltılmasının anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Devletin bağımsızlığının azaltılması, eksiltilmesi, Devletin egemenliğinin, bizzat egemenliğe ait bir erkin, yabancı bir devlete devredilerek, havale edilerek sınırlandırılmasıdır. Bu bağlamda, ör., himaye, kapitülasyon, her düzeyde adli idari, denetimler, finansal dayatmalar devletin egemenliğinin tenkisi sayılmaktadır<sup>14</sup>. Doktrinde, devletlerin, serbest iradeleri altında, karşılıklı olarak, ekonomik, ticari, teknik, hukuki ve kültürel sözleşmeler yapmış olmaları; iki taraflı veya çok taraflı anlaşmalar yaparak uluslararası kuruluşların tarafı olmaları, ör. BM, NATO, vs., uluslararası yargı kuruluşlarının, ör., AIHM, UCD ( Ay, m. 38/son ), vs., yargılama erklerini tanımaları, egemenliğin klasik anlayışı geçerli olmadığından, devletin bağımsızlığını tenkis olarak değerlendirilmemektedir<sup>15</sup>.

Devletin birliğini bozmaya kalkışmak, madem Anayasa, 3. maddesinde, Türkiye Devleti ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür ve İtalyan Anayasası, 5. maddesinde, kısmen benzer bir biçimde, “Cumhuriyet tektir ve bölünmez, yerel yönetimlerin özerkliğini tanır ve ilerlemesine katkıda bulunur ...” demektedir, söz konusu bütünlüğü bozmaya matuf faaliyetlerde bulunmaktır. Bu bağlamda, doktrinde, “Türkiye Devleti bir vahdet arz eder. Devletin, mesela federe Devletlere bölünmesine matuf hareketler birliği bozmaktır” denmektedir<sup>16</sup>.

Devletin egemenliği altındaki topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya kalkışmak, failin, Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya matuf davranışlarda bulunmasıdır. Doktrin, ör., ülkenin belirli bir kısmındaki toprakların Devlet idaresinden ayrılarak üzerinde bağımsız bir devlet kurulmasına yönelik eylemleri; belirli bir örgütün Devletin toprak bütünlüğünü bozmak amacıyla tedhiş eylemleri ve siyasal şiddete başvurulmasını; bölücülük faaliyetlerini önleme ve bastırma görevi olan kolluk kuvvetlerine ve toplum kesimlerine bölücülerin cebir, şiddet ve tehditte bulunmalarını, hükmün kapsamı içinde değerlendirmektedir<sup>17</sup>. Yargıtay, Devletin başka bir ülkedeki büyükelçilik binasının işgal edilmesini bu hükmün ihlali saymaktadır<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, II, Milano, 1982, s. 969; Pisapia, Introduzione alla parte speciale del diritto penale, II, Milano, 1948, s. 19; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 20

<sup>15</sup> Fiandaca,-Musco, Diritto penale, Ps., I, s. 9.

<sup>16</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 20 ; Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 6; Antolisei, Manuale, PS, II, s. 968; Manzini, Trattato, IV, s. 30 vd., Fiandaca,-Musco, Diritto penale, Ps., I, s. 9; Pannain, processo nel diritto penale, II, Roma, 1946, s. 20

<sup>17</sup> Yaşar-Gökcan-Artunç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010, s, 8378

<sup>18</sup> Bkz., Yaşar-Gökcan-Artunç, Ceza Kanunu, VI, s, 8378 ve dipnot, 1284

Tanımı "...ya yönelik bir fiil işlemek" olduğundan, suç, serbest hareketli bir suç olmaktadır. Gerekçe, suç, "serbest hareketli bir suçtur" demektir<sup>19</sup>. Doktrinde, kanunun. "bir fiil" sözüyle, yeter ki belirtilen değerlere yönelik olsun, icra hareketi kadar, ihmal hareketine de işaret etmiş olduğu ileri sürülmüştür<sup>20</sup>. "Bir fiil" ifadesinden bir tek fiil anlaşılabilceği gibi, aralarında illi, birlikte birçok fiil de anlaşılabilir. Böyle olunca, Devletin topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymaya, Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya, Devletin birliğini bozmaya, Devletin egemenliği altındaki toprakların tamamını veya bir kısmını Devletin idaresinden ayırmaya matuf, yani, yönelik her fiil bu suçu oluşturabilmektedir<sup>21</sup>. Doktrinde, kimi, fiilin mutlaka cebri ( violento ) olmasının şart olmadığını, "zikredilen gayeye elverişli surette matuf olmak şartıyla hileli de olabileceğini" ileri sürerken<sup>22</sup>; buna karşılık, kimi, fiilin, mutlaka cebri nitelikte olması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>23</sup>. Kanunun, diğer kanunlarla birebir benzeşen birinci fıkrası hükmünden, "...ya matuf/yönelik fiilin" mutlaka cebri olması gerektiği sonucunun çıkarılamaz. Ancak, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 3. maddesinde, 302. madde hükmünde öngörülen suç "Terör suçu" suç saymakta, 1. maddesinde terörün tanımını vermekte, "cebir ve şiddet kullanma, baskı, sindirme veya tehdit yöntemlerini" suçun zorunlu unsuru saymaktadır.

Kanun, suçu tanımlarken<sup>24</sup>, Zanardelli Kanununun, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun, İtalyan Ceza Kanununun aynısı olarak, tek mümkün tanım ifadesi olarak "...ya koymaya, ... .. zayıflatmaya, ... bozmaya

<sup>19</sup> Pannain, Diritto penale, II, Ps., s. 24; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt I, Seçkin, 2014, Gerekçe, s. 544

<sup>20</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 32; Pannain, Diritto penale, II, Ps. s. 22; Canestrari-Gamberini-ecc., Diritto Penale, Lineamenti di parte speciale, Terza edizione, Monduzzi Editore, Bologna, 2003, s. 27; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 20

<sup>21</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 20

<sup>22</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 32; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 20

<sup>23</sup> Gerekçe, Özgenç, Ceza Hukuku Mevzuatı, .s. 545; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı, Yetkin, Ankara, 2010, s. 585: "Ülke birlik ve bütünlüğünü bozmaya yönelik fiil hukukumuzda göre cebren-zorla işlenebilecek bir fiildir. Ancak silahlı güç veya herhangi bir şekilde zor kullanma suretiyle gerçekleştirilebilir"; Yaşar-Gökcan-Artunç, Ceza Kanunu, VI, s. 8380: "... yasal düzenlemeye göre suçun işlenmesi için öngörülen neticeyi oluşturmaya yeterli ve elverişli cebrin varlığı zorunludur

<sup>24</sup> Madde, Adalet Komisyonuna, "... amacına yönelik elverişli bir fiil işlemek ... " ifadesi olarak getirilmiştir. Komisyonunda, ifadeden "elverişli" ibaresinin çıkarılması gerektiği, hükmün " amaca yönelik bir fiil" olması gerektiği ileri sürülmüş, ancak hüküm yukardaki gibi kabul edilmiştir Tutanaklarla, s. 1043 ). Daha sonra, Kanun, birinci fıkra, 2005/ 5377 sayılı kanunla değiştirilmiş; kalkışma suçlarının kabul gören tanımına uygun olarak, bu kez "...ya yönelik bir fiil işlemek" ifadesi üzerinde karar kılınmıştır.



yönelik, yani matuf ( diretto a ) bir fiil” ibaresini kullanarak<sup>25</sup>, yakın zamanda, doktrinde sahih bir suç türü olarak kabul edilen, kendine özgü bir kalkışma suçuna<sup>26</sup> yer vermiş olmaktadır<sup>27</sup>. Doktrinde, ibarenin anlamının, kalkışma ( attentato ) olduğu ifade edilmiştir<sup>28</sup>. “Ülkenin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak” şeklindeki madde başlığı yanlış, çünkü kalkışma suçunu ifade etmemektedir. Doğrusu, “ülkenin birliğini ve bütünlüğünü bozmaya kalkışmak” ifadesidir. Gerçekten, madde başlığının belirttiği biçimde ülkenin birliği ve ülke bütünlüğü bozulduğunda, artık ortada cezalandırılabilir bir fiil de, bir suç da yoktur; yeni bir ülke, yeni ülkede yeni bir egemen vardır<sup>29</sup>. Madde başlığının taşıdığı özür gerekçesine de sinmiştir. Hükmü anlamada, kapsamını ve sınırlarını belirlemede, hazırlık çalışmalarından, gerekçeden yararlanmak imkânı bulunmamaktadır.

Madde başlığının, kısmen gerekçenin çağrıştırdığı düşüncenin aksine, suç, ne bir zarar, ne de bir zarar tehlikesi suçudur; fiilin niteliğinden ötürü tehlike suçudur; bizzat kalkışma fiilinin kendisi tehlikeli sayılmaktadır<sup>30</sup>. Böyle olunca, “...’ya yönelik bir fiil” ifadesinden, tasavvur, düşünce âleminde kalmamış olan, hazırlık hareketi olmaktan çıkmış, yapıldığı koşulda, kuşkuya yer bırakmayacak bir biçimde, açıkça ihlale yönelmiş bulunan, ihlali sağlamaya elverişli bir davranış anlaşılmaktadır<sup>31</sup>. Gerçekten, doktrinde, “muayyen bir maksada matuf ve muayyen neticeleri tevlide elverişli fiilin işlenmiş olması halinde madde hükmü tatbik edilmelidir”<sup>32</sup>denmektedir.

Ancak, Kanunun, birebir diğer kanunlarla benzeşen 302. maddesinin birinci fıkrası hükmü, bu biçimde anlaşılacakla birlikte; diğer kanunlarda olmayan “bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre ceza hükmolünür” biçimindeki ikinci fıkrası hükmü; genele aykırı olarak, hem “...’ya yönelik

<sup>25</sup> Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 7; Manzini, Trattato, IV, s. 12; Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 969; Fiandaca-Musco, Diritto penale, Ps., I, s. 9; Canestrari-Gamberini-ecc., Diritto penale, Ps., s. 25, 26

<sup>26</sup> Fiandaca-Musco, Diritto penale, Ps., I, s. 8,9; Canestrari-Gamberini-ecc., Diritto penale, Ps., s. 10 vd., 22 vd., 26.

<sup>27</sup> Fiandaca-Musco, Diritto penale, Ps., I, s. 9; Canestrari-Gamberini-ecc., Diritto penale, Ps., s. 23

<sup>28</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 32

<sup>29</sup> Manzini, Trattato, IV, S. 26

<sup>30</sup> Manjno, Ceza Kanunu, 2, s. 7; Manzini, Trattato, IV, s. 26, ayrıca, V. I, no. 229, ayrıca dipnot, 1; Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 969; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 20: Bu suç daha ziyade tehlike suçudur, ayrıca şekli suçtur.

<sup>31</sup> Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 969; Fiandaca-Musco, Diritto penale, Ps., I, s. 9; Pannain, Diritto penale, II, Ps., s. 22; Canestrari-Gamberini-ecc., Diritto penale, Ps., s. 27

<sup>32</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 20

bir fiilin” bir tek kez değil ama, birden çok kez cezalandırılmasının; hem de tasavvur ve düşünce olmaktan çıkmış hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının yolunu açmış olmaktadır. Düzenleme, Aydınlanma düşüncesi temelinde oluşmuş olan ceza hukuku düzeninin temel ilkeleri ile çelişmektedir. “Terör suçu” olarak nitelendirilen 302. maddenin ikinci fıkra hükmü karşısında, bir kimsenin, ör., Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya, birliğini bozmaya matuf olmak üzere basılmış ilanları, gazete, dergi vesaireyi, sırf dağıtmış olması fiili, ayrıca başka bir suç olma yanında bu suç olmaktadır. Burada, açıktır ki, genel kuralın aksine, cezalandırma hazırlık hareketlerinden başlatılmakta, bir tek “...’ ya matuf bir fiil” tek suç olarak bir kez değil ama iki suç olarak iki kez cezalandırılmaktadır.

Geçerli doktrinde, kalkışma suçu olan bu suçta, suça teşebbüsün, hukuken mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Devletin topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına kaymaya, Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya, birliğini bozmaya, Devletin egemenliği altındaki topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik elverişli bir fiilin yapılmış olması ile birlikte suç işlenmiş olur.

Burada her bir değere vaki saldırı, ayrı bir suç oluşturur. Birden çok değer ihlal edildiğinde, birden çok suç oluşur.

Esasen bir tek fail ile işlenen bir suç olmasına rağmen, genelde, suçu, birçok fail, örgütlenerek birlikte işlemektedir. Örgütlenme, suça iştirak edilerek gerçekleştirilebileceği gibi, elbette amacı bu suçu işlemek olan, silahlı veya silahlı bir örgüt kurularak da gerçekleştirilebilir. Suça çok kimse katıldığında, her bir failin suça katılmaktan sorumluluğu, suça iştirak hükümleri ( m. 37, vd. ) esas olmak üzere belirlenecektir<sup>34</sup>. Birçok kimse silahlı veya silahlı bir örgütün çatısı altında birleşerek suçu işlediklerinde, birleşerek suçu işleyen birçok kimsenin her birinin sorumluluğu, Kanunun “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” adı altında örgütlü suçluluğu düzenleyen 220 ve 314 maddeleri hükümleri esas olmak üzere belirlenecektir<sup>35</sup>.

Bu suçta, zincirleme suç, fikri içtima, bileşik suç, mümkün olmaz. Ani suç olmakla birlikte, örgütlü işlendiğinde, örgüt kurma suçu kesintisiz bir suç olduğundan, suç, örgütün faaliyeti cümlesinden olarak kesintisizlik arz edebilmektedir.

<sup>33</sup> Canestrari-Gamberini-ecc., Diritto penale, Ps., s. 26; Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 969; Fiandaca-Musco, Diritto penale, Ps., I, s. 10; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 20: Bu suça teşebbüs üzerinde durulmamalıdır.

<sup>34</sup> Hafioğulları-Özen, Türk Ceza hukuku, Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 324 vd.

<sup>35</sup> Hafioğulları-Özen, Toplum Karşı Suçlar, US-A, Ankara, 2012, s.262 vd.

#### IV. HUKUKA AYKIRILIK

Devletin topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına kaymaya, Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya, birliğini bozmaya, Devletin egemenliği altındaki topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya kalkışmak fiili, niteliğinin gereği olarak her zaman hukuka aykırı bir fiildir.

Temel hak ve hürriyetlerden hiçbirini, elbette bu cümleden olarak hukuka uygunluk nedenleri, madem Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmamaktadır ( Ay. m. 3 ve 14, AİHS. m. 17 ), öyleyse hiçbir hukuka uygunluk nedeni, bu suçla bağdaşmaz.

#### V. KUSURLULUK

Bu kadar karmaşık bir suçta, her nedense, ne hazırlık çalışmalarında, ne de gerekçede, kusurluluğa ait bir açıklamada bulunmaya gerek görülmemiştir.

Suç, kastla işlenir. Kast, genel kasttır. Kast, failin, Devletin topraklarının tamamını yahut bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına kaymaya veya Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya veya birliğini bozmaya ya da Devletin egemenliği altındaki topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik bir fiili işlemekte olduğunu bilmesi ve işlemekte olduğu bildiği fiili istemesidir<sup>36</sup>.

Özel kast aranmaz<sup>37</sup>.

Suçun taksirli biçimi yoktur.

Kast doğrudan kasttır. "...' ya yönelik bir fiil" yapıldığında suç meydana geldiğinden, dolayısıyla fiilin maddi bir neticesi mümkün olmadığından, suç olası kastla işlenemez.

Ancak, Tarihi kanun koyucunun ne maksatla koyduğu suçta esasen olmaması gereken ikinci fıkra hükmü karşısında, hükmün kapsamına giren suçlarda, yani bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ör., patlayıcı tuzaklayıp patlatmak, doğrudan kast yanında, elbette ayrıca olası kast mümkündür.

Hatanın mümkün olmadığını düşünüyoruz.

<sup>36</sup> Pannain, Diritto penale II, Ps., s. 30; Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 969; Manzini, Trattato, IV, s. 36; Fiandaca-Musco, Diritto penale, Ps., I, s. 9;

<sup>37</sup> Aksi düşünce, Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 21: Umumi kasttan başka saik de nazara alınır. Saik bu suçu diğer suçlardan ayırır. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2010, s. 585; Yaşar-Gökcan- Artunç, Ceza Kanunu, VI., s. 8385: Suç, Devlete ilişkin maddede belirtilen değerlere yönelik olarak işlendiğinden, failin bu değerlere yönelik saikle hareket etmesi gereklidir. Bu bakımdan özel kast aranmalıdır.

## VI. CEZA

Suçun cezası, ağırlatılmış müebbet haptir. Suç yurtdışında işlenirse dava zamanaşımı işlemez ( m. 66/7 ).

Suç ferden işlenebileceği gibi suça iştirak halinde de işlenebileceğinden, suçu birlikte işleyenlerin sorumluluğu elbette suça iştiraki düzenleyen 37 vd. maddeleri hükmü esas olmak üzere belirlenecektir. Suça katılanlar, biri veya birkaçı, bu suç yanında ayrıca başka bir suç da işlemiş olursa, fail, 302. Maddenin 2. Fıkrası hükmüne göre ayrıca işlediği bu suçtan sorumlu olacaktır. Elbette, iştirakin şartları olduğunda, suça katılanlar, karşılıklı olarak, bu suça da iştirak etmiş olmaktan sorumlu olacaklardır.

Birçok kimse, birlikte, örgün olarak, bu suçu, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suretiyle de işleyebilir. Devletin gücü karşısında, genelde, failler, suçu örgütlenerek işlemektedirler. Faillerin sorumlulukları, 302/1. madde yanında, şartlarına göre 220. vd., 314. maddeleri esas olmak üzere belirlenecektir. Ayrıca, failler, bu suçun işlenmesi sırasında başka suçlar da işlemişlerse, her fail, 302/2. madde hükmü gereğince, işlemiş olduğu bu başka suçtan veya suçlardan da sorumlu olur.

Ancak. Ceza Kanununun karşısında özel bir ceza kanunu olan Terörle Mücadele Kanunu, 3/1. Maddesi hükmünde, 1., 2. maddeleri hükmü ile bağlantılı olarak 302 ve 314. maddeleri hükmünün öngördüğü suçları “terör suçu” , birinci maddede belirtilen amaçlara meydana getirilmiş örgütleri “Terör örgütü” ve örgüt üyesi kimseleri ve örgüte yardım edenleri “Terör suçlusu” saymakta, söz konusu bu suçlar hakkında, tabii Ceza Kanunu yanında, ayrıca bu kanunun hükümlerinin uygulanmasını emretmektedir. CK’ un 314. maddesi, ayrıca aynı kanunun 220. Maddesine göndermede bulunmaktadır. TMK., 302. maddenin 2. Fıkrası hükmünü ayrık tutmamış, “bu suçun işlenmesi yanında” başka suçlar da işlenmişse bu suçları da terör suçu saymış olmaktadır. Böyle olunca, örgüt kurularak suç işlendiğinde, bir suçu işlemek için örgütlenmek suçun unsuru olmayıp, ayrı bur suç olduğundan, failleri, 302/1 ve varsa ayrıca 2. madde hükmü yanında, 314 ve 220. vd., maddeleri hükmünden, tabii ayrıca, genelde özel olarak, TMK’ un esasa ve usule ilişkin tüm hükümlerinden sorumlu olacaklardır.

Kanun, 302/3. maddesi hükmünde, “bu maddede tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur” diyerek, suç yararına işlendiğinde, tüzel kişiyi güvenlik tedbirinden sorumlu tutmaktadır. Bu halde, tüzel kişi hakkında, şartlarına göre, 60. madde hükmü uygulanacaktır.

## **KAYNAKÇA**

- Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, II, Milano, 1982
- Bonelli, Lessico Italiano-Turco, Roma, 1952
- Canestrari- Gamberini, ecc., Diritto penale, Lineamenti di parte speciale, Terza edizione, Monduzzi Editore, Bologna 2003
- Commissione Grosso – per la riforma del codice penale ( 1 ottobre 1998 ) Delitto tentato e delitti di attentato ( allegato alla relazione del 15 luglio 1999 ) Tecnica di incriminazione e tipologia dei delitti contro lo stato, Ministro della Giustizia Percorsi chiari e precisi, un tuo diritto
- Erem, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, Cilt II, Ankara, 1969
- Fiandaca- Musco, Diritto penale, Diritto penale, parte speciale, Volume I, Zanichelli, Bologna, 1993
- Gallo, Il delitto di attentato nella teoria generale del reato, Milano 1966
- Hafioğulları - Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2012
- Hafioğulları-Özen, Türk Ceza hukuku, Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2014
- Hafizoğulları-Özen, Topluma Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012
- Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 2, Ankara, 1976
- Manzini, , Trattato di diritto penale Italiano, IV, Torino, 1982
- Pannain, II, processo nel diritto penale, Roma, 1946 Pisapia, Introduzione alla parte speciale del diritto penale, II, Milano, 1948
- Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı, Yetkin, Ankara, 2010
- Yaşar-Gökcan-Artunç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010



HAKEMLİ

## CUMHURBAŞKANINA SUİKAST ve FİLİ SALDIRI SUÇU

*Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI\**  
*Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR\*\**

### Giriş

Devlet başkanları her zaman saldırılara açık insanlardır. Devlet başkanları, genelde özel olarak, ayrıca cezai himayenin konusu olmuşlardır. En yüksek kamu görevlisi olmaları, en yüksek düzeyde himaye edilmeye layık olmalarını gerektirmiştir.

Devlet başkanına saldırı genelde “suikast” terimi ile ifade edilmektedir. Kanunun, cumhurbaşkanlarının hem yürütmenin hem de devletin başı olmaları niteliklerinden dolayı cumhurbaşkanına karşı davranışları, Anayasal düzene karşı davranışlar olarak değerlendirmektedir.

Burada, kısaca, cumhurbaşkanına suikast ve saldırı suçu incelenecektir.

### 1. Kanunun Düzenlemesi

Türk Ceza Kanunda, “Cumhurbaşkanına Suikast ve Saldırı Suçu, 310. maddesinde suikast ve fiili saldırı olmak üzere iki fıkrada düzenlemiştir. Madde, mülga 765 sayılı Kanundaki esas korunarak, 765 sayılı Kanunun 2004/5218 sayılı Kanunla değişik 156. ve 157. maddelerinden alınmıştır. Mülga Kanun, söz konusu maddeleri, esasını koruyarak, evveliyatını kısmen

Zanardelli Kanununun 117 maddesinde bulan<sup>1</sup> İCK’ un 1947/1317 sayılı Kanunla değişik 276. ve 277. maddelerinden almıştır. Bu suçlar geçmişte çok eskilere giden suçlardır.<sup>2</sup>

---

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> Manzini, Trattato di diritto penale italaiano, V, Torino, IV, 1982, s. 426

765 sayılı Kanun, cumhurbaşkanının, hayatını, sağlığını ve sıfatına ve şahsına ait hürriyetlerini ihlale kalkışmayı suç saymaktadır. Mülga Türk Ceza Kanununun, “kalkışma” terimini kullanmamış, bunu “suikastta bulunmak”, “buna teşebbüs etmek” ve “fiili tecavüzde bulunmak” olarak ifade etmiştir.

5237 sayılı Kanun ise, kalkışma terimini kullanmadan, “suikasta bulunmak”, “bu fiile teşebbüs etmek” ve “fiili saldırıda bulunmak” ifadelerini kullanarak mülga Kanunun düzenlemesini tekrar etmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, diğer kanunlardan farksız olarak, düzenlediği suçların teşebbüsünü tamamlanmış suç gibi cezalandırmaktadır. Suikastta bulunmak, suikasta teşebbüs etmek, fiili saldırıda bulunmak, kişiye karşı suçların, genel karşısında, özelleridirler. Saldırıda bulunulan kişinin cumhurbaşkanı olması nedeniyle, bu suç, kişilere karşı suçlar arasında değil, ceza kanunlarında, “devlete karşı suçlar” arasında düzenlenmektedir.

Suçları tasnifi açısından da mülga Kanundan farklı olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, suçu, “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” arasında düzenlemektedir. Anayasanın 104.maddesi karşısında suçun yerinin isabetsiz olduğu söylenemez.

TMK., 2006/5532 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinde, TCK’nın 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçu, terör suçu saymaktadır.

## **2. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur**

Türk Ceza Kanununun 310. maddesi hükmünde, “kişi” ve “kimse” ifadeleri kullanıldığından, vatandaş, yabancı, herkes, hatta cumhurbaşkanına yakını kimseler de suçun faili olur. Öldürme, yaralama suçlarından farklı olarak, failin cumhurbaşkanının yakını olması cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak sayılmamaktadır.

Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder. Anayasanın uygulanmasını, Devletin organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir. (Any. Md. 104) Bu durumda, suçun hukuki konusu, Devletin başının hayatının olası saldırılara karşı güvence altına alınmasına ilişkin ferdi-kamusal yarardır.

---

<sup>2</sup> Roma’dan günümüze, devlet başkanlarına karşı işlenen suçların geçmişi hakkında, bkz. Manzini, Trattato, IV, s. 423 vd.



Mağdur Anayasal bir organ olarak (Any Md. 101-108) ve şahsen Cumhurbaşkanıdır. Bu suçta, cumhurbaşkanı, aynı zamanda suçtan zarar gören kimsedir.

### 3. Fiil

#### a. Cumhurbaşkanı Suikast

Cumhurbaşkanına suikast fiili, Kanunda, iki cümlede tanımlanmıştır. Kanun, fiili, birinci cümlede, failin, cumhurbaşkanına suikastta bulunmasını; ikinci cümledeyse, bu fiile teşebbüs etmesini, yani suikasta bulunmaya teşebbüs etmesini tanımlamaktadır.

Türk Ceza Kanunu, Cumhurbaşkanlığına seçilen kişiyi, bu görevde bulunduğu süre içinde korumaktadır. Cumhurbaşkanlığına seçilen kişi, yeminle Cumhurbaşkanlığı görevine başlar (Any. Md. 3) Anayasanın koyduğu süre sonunda görevi biter<sup>3</sup>. Görevi biten cumhurbaşkanı bu sıfatı taşısa bile cezai himayeden yararlanamaz. Bu durum eleştirilmiştir. Cumhurbaşkanı en yüksek kamu görevlisidir. Kamu görevlileri, görevleri ile ilgili olarak, görevleri sona erdikten sonra bile himaye edilirken, cumhurbaşkanının himaye edilmemesi bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir<sup>4</sup>.

Mülga 765 sayılı Kanundan alıntı yapan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, bu tanımla, İCK'nın 276. Maddesinden ayrılmış bulunmaktadır. İtalyan Doktrininde, neticeli bir suç olarak, teşebbüsü, tamamlanmış suç gibi cezalandırılan bir suç olduğu halde, Kanunun kullandığı “kalkışma” terimi, cumhurbaşkanının “hayatını, sağlığını veya hürriyetini doğrudan ihlale yönelik bir fiil işlemek” biçiminde anlaşıldığından, suçun,<sup>5</sup> bir tür bir kalkışma suçu olduğu ifade edilmektedir.

Doktrinde, “suikast”, “kasten öldürme” anlamında anlaşılmaktadır<sup>6</sup>. Öldürme neticeli bir suçtur. Cumhurbaşkanı öldürmekle öldürmeye teşebbüs etmek, öldürmenin cezası ile cezalandırıldığından, suç, teşebbüsü de tamamlanan suçun cezası ile cezalandırılan bir suç olmaktadır.

Madem suikast, kasten öldürme anlamındadır, suç, tıpkı onun gibi, geçitli, ani, serbest hareketli ve neticeli bir suçtur. Suç, zarar suçudur. Suç, neticeyi doğurmaya elverişli olmak koşuluyla her çeşit hareketle, hem icra

<sup>3</sup> CGK. 2.4.1990, 84/106 (Yaşar-Gökcan-Artunç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010, s. 8493)

<sup>4</sup> Antolisei, Manuale di dritto penale, Parte speciale II, Milano, 1982, s. 1006

<sup>5</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 430

<sup>6</sup> Erem, Türk Ceza Hukuku, Cilt II, Hususi Hükümler, Ankara, 1969, s. 125

hareketiyle, hem de ihmali hareketle işlenebilir. Örneğin, hasta cumhurbaşkanına ilacının verilmemesi ihmali harekettir.

Suikastın Türk Ceza Kanununda bir tanımı yoktur. Suikast genelde tasarlamayı çağrıştırmakla birlikte, suçun mutlaka tasarlanarak işlenmesi gerekmez. Suikastın iltibasa meydan verici olduğu, kaynak kanunun tanımının isabetli olduğu ifade edilmiştir<sup>7</sup>.

Elbette, ölüm neticesi meydana geldiğinde suç yolu tüketilmiş, suç tamamlanmış olur. Ancak, teşebbüsü tamamlanmış suç olarak cezalandırıldığından, suça teşebbüs edildiğinde suç da işlenmiş olmaktadır.

Böyle olunca, fail, işlemeyi kastettiği suikastı, elverişli hareketlerle, iltibasa yer vermeyerek biçimde, doğrudan doğruya icraya başladığında, suçu işlemiş olur. Bu suçta hazırlık hareketleri cezalandırılmaz. Suikast planı yapmak, suçun işleneceği yerde keşifte, tatbikatta bulunmak, vs., hazırlık hareketleridir. Suç için bir araya gelmek, başka bir suç oluşturabilir -örneğin TCK, 220., 314., 316. Maddelerinde düzenlenen suçlar- ancak, cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçunu oluşturmaz.

Bu suçta, fikri içtima, bileşik suç mümkün olmaz. Türk Ceza Kanununun, 43. maddesinde açıkça yasaklamış olmadığından, bu suçta, zincirleme suç mümkündür.

Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçu, iştirak halinde işlenebilir. İştirak özellik arz etmez.

#### **b. Cumhurbaşkanına Fiili Saldırı**

Türk Ceza Kanunu, fiili, “Cumhurbaşkanına karşı diğer fiili saldırılarda bulunmak” olarak tanımlamakta, ilgili suça verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur diyerek genel, belirsiz bir göndermede bulunmaktadır.

“Fiili saldırıda bulunmak” terimi, İCK’ un “hürriyetini ihlale kalkışmak” teriminden farklıdır. Bu nedenle İCK’ undaki suç, ora doktrininde “kalkışma suçu” olarak nitelendirilen, teşebbüsü tamamlanan suç olarak cezalandırılan müeyyidesi muayyen bir suçken, ikinci fıkra hükmünde öngörülen suç, birinci fıkradan öngörülen suçtan da farklı olarak, bu nitelikte bir suç değildir. Kısacası, söz konusu hüküm, doktrinde, tamamlayıcı bir hüküm olmadığı, kanuni bir şiddet sebebi olduğu

---

<sup>7</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 125

söylenmekle birlikte<sup>8</sup>, hükmü gönderme tekniği ile oluşturulmuş bağımsız bir suçtur.

Gerçekten, Kanun, cumhurbaşkanına diğer fiili saldırılar derken, suçu, bir yandan suikasttan, yani kasten öldürme suçundan ayırmakta, öte yandan “ilgili suç” ifadesini kullanarak, belirsiz bir usulle, diğer suçlara göndermede bulunmaktadır. Gönderme, TCK 299. maddede özel olarak cumhurbaşkanına hakaret düzenlediğinden, doğal olarak, hakaret ve sövme suçları dışında kalan, cumhurbaşkanının şahsına saldırı oluşturan, kişilere karşı kasıtlı diğer suçlardır. Doktrinde, kasıtlı yaralama dâhil, şahsi hürriyetten, haberleşme hürriyetine, kişi hürriyetinden yoksun bırakmadan, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan konut dokunulmazlığına kadar suçların, hatta tehdit suçunun fiili saldırı kavramına dâhil olduğu ifade edilmektedir<sup>9</sup>.

Böyle olunca, gönderme kapsamında olan her suç, takip usulü hariç, kendi kimliğini korur ve kendi kuralına tabi olur. Suçun teşebbüs aşamasında kalmasına veya tamamlanmış olmasına göre, Kanunda o suç için öngörülen ceza, TCK 61. Madde hükmü esas olmak üzere belirlendikten sonra, elde edilen ceza, yarı oranında artırılır.

Ancak, Kanun, bu suretle verilecek cezanın, beş yıldan az olamamasını öngörmektedir. Müeyyide hükmü, cezayı, bu suça mahsus olmak üzere, farklı bir gönderme usulü kullanarak belirlemiştir.

Cumhurbaşkanına fiili saldırı suçu res’en takip edilir.

#### **4. Hukuka Aykırılık**

Cumhurbaşkanına suikast fiili hukuka aykırı olmalıdır. Kanun hukuka uygunluk nedenleri konusunda suskun kalmaktadır. Bu suçta meşru savunmanın mümkün olabileceği düşünülmektedir<sup>10</sup>.

Cumhurbaşkanına karşı fiili saldırıda bulunma hukuka aykırı olmalıdır. Bağdaştığı takdirde, fiili saldırı oluşturan suçlarda, meşru savunmanın, hakkın kullanılmasının, ilgilinin rızasının mümkün olabileceği düşünülebilir.

---

<sup>8</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 127; Yaşar-Gökcan\_Artunç, Ceza Kanunu, VI, s. 495. Özek’ in Manzini’ye dayandığı düşüncesinin (Özek, Devlet Başkanına Karşı İşlenen Suçlar, İÜHF Yayınları, İstanbul 1970, s. 170 ve 171) geçerli olmadığını düşünüyoruz, çünkü, 310/2. Maddesi hükmünün İCK’nın 277. maddesi hükmü ile uzaktan yakından hiçbir benzerliği bulunmamaktadır.

<sup>9</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 127,

<sup>10</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 126

## 5. Kusurluluk

Cumhurbaşkanına suikastta bulunmak kasıtlı suçtur. Kast genel kasttır. Failin maksadının önemi yoktur. Kast doğrudan kasttır. Kanun, suçun taksirli biçimini öngörmemiştir. Cumhurbaşkanının bir kazaya kurban gitmesi hususundaki düşüncenin isabetli olmadığı ileri sürülmektedir<sup>11</sup>.

Kast, failin, cumhurbaşkanının canına kastettiğini bilmesi ve istemesidir. Şahısta hata, fiili hata kurallarına tabidir.

Haksız tahrikin göz önüne alınabileceği kabul edilmektedir<sup>12</sup>.

Cumhurbaşkanına karşı fiili saldırıda bulunma söz konusu olduğunda, fiili saldırı oluşturan kasıtlı her suç, kendi kuralına tabidir. Taksirli suç mümkün olmaz, çünkü taksirli bir failin saldırı sayılması mümkün değildir<sup>13</sup>.

## 6. Ceza

Türk Ceza Kanununun 310. maddenin birinci fıkrasında öngörülen cumhurbaşkanına suikast suçunda, , suikasta teşebbüs sabit olduğunda veya suikast gerçekleşmiş bulunduğu, fail, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu maddenin ikinci fıkrasında öngörülen cumhurbaşkanına diğer fiili saldırı suçunda, fiili saldırı oluşturan suça verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur. Ancak, bu suretle verilecek ceza beş yıldan az olamaz.

## 7. Sonuç

Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçlarını düzenleyen TCK'nın 310.maddesi hükmünün kanun koyucu tarafından aceleye getirildiğini düşünüyoruz.

Bu bağlamda, Eskiden alıntı yapılırken yeninin gereklerine uyulmadığı gözlenmektedir. Madem, eskiye sık sık alıntı yapılmaktadır, bir kanun değişikliğinde, söz konusu hükümlerin gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.

---

<sup>11</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 126

<sup>12</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 126

<sup>13</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 128

**TANZİMAT SONRASI OSMANLI DEVLETİNİN  
KAMUSAL CEZALANDIRMA SİSTEMİNDE  
YAŞANAN DEĞİŞİM**

*Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA\**

**GİRİŞ**

Batı toplumunda temel olarak 17. yüzyıldan itibaren toplumsal yaşamda görülen büyük değişim süreci, zaman içerisinde hızla yayılmış ve dünya ölçeğinde önemli etkiler doğurmuştur.<sup>1</sup> Modernleşme olarak ifade edilen bu sürecin üç temel yansıması vardır. Birincisi ekonomik alanda sanayileşme yaşanmış, üretim tarzı ve ilişkileri geleneksel yöntemlerden tamamen farklılaşmıştır. İkinci olarak sanatta, mimaride ve kültürde bir yenileşme ve farklılaşma başlamıştır. Üçüncüsü ise düşünsel alanda olmuştur. Bu dönemle birlikte akılcılık ön plana çıkmış, bilginin tek kaynağı olarak bilim kabul edilmiş ve *aydınlanma* gerçekleşmiştir.<sup>2</sup>

---

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Modernleşme denilen bu değişim süreci, 17. yüzyılda Avrupa’da başlayan ve sonrasında neredeyse tüm dünyayı etkisi altına alan, toplumsal yaşam ve örgütlenme biçimini ifade etmektedir. Anthony GIDDENS, **Modernliğin Sonuçları**, (Çev. Ersin Kuşdil), Ayrıntı Yayınevi, İstanbul 2004, s.11

<sup>2</sup> Bu noktada bilimsel bilginin modern dönemde bilimsel olmayan tüm bilgi türlerini dışlamasına eleştirel bir bakış için Habermas’ın görüşlerini paylaşmayı uygun buluyoruz. Bireylerin insani ilişkilere olan ihtiyacını vurgulayan Habermas, bu tür ilişkilerin devamını sağlamak için bilimsel olmayan bilgi kuramlarına da mutlaka ihtiyaç olduğunu ileri sürmektedir: “Burjuva kültürü... her zaman geleneksel dünya görüşlerinin etkili desteğine muhtaç olmuştur. Öznel inanç alanına çekilmiş olan din, artık, burjuva ideolojisinin laik özellikleriyle bir araya geldiğinde bile insanların ihmal edilmiş paylaşım gereksinimlerini karşılayamamaktadır. Sadece kendi özlerinden beslenen burjuva ideolojileri: \*hayatın temel riskleri (...hastalık, ölüm) karşısında, beklenmedik olayların üstesinden gelinmesine yarayacak bir destek sağlamazlar. \*büyük ölçüde nesnelleştirilmiş bir doğayla insani ilişkiler kurulmasını sağlamazlar. \*gruplar veya bireyler arası dayanışma ilişkilerine duygusal bir katılım yapılmasına izin vermezler. \*siyasal etiğe yer vermezler; siyasal ve sosyal yaşamda bireylerin kendilerini nesnel olarak yorumlayan, eyleyen süjeler olarak görmelerini sağlarlar. Jürgen HABERMAS, “Meşrulaştırma Krizi”, in: **Siyasal Düşünce**, Derleyen: Michael Rosen-Jonathan Wolff, (Çev: Sevdâ Çalışkan-Hamit Çalışkan), Dost Yayınevi, Ankara 2006, s.426

Aydınlanma süreciyle birlikte, ceza adaleti alanında da her insanın, nasıl bir suç işlese işlesin nasıl bir kişiliğe sahip olursa olsun, sırf insan olma vasfı nedeniyle saygıdeğer olduğu düşüncesi hakim olmaya başlamıştır.<sup>3</sup> İnsana bakış açısındaki bu değişimin, kamusal cezalandırma sistemini etkilememesi düşünülemezdi.<sup>4</sup> Nitekim modern dönemin daha başlarında suçluluğun ispatına, cezaların türüne ve infazına ilişkin büyük değişimler olmuş, insanlık adına çok önemli adımlar atılmıştır. Gerek maddi ceza hukuku gerekse ceza muhakemesi hukuku kurallarında<sup>5</sup> önemli bir insanileşme görülmüş, insan odaklı bir ceza adaleti sistemi oluşturulmaya başlanmıştır.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Kaldı ki, insan hakları kavramı, insanların sırf insan oldukları için, doğuştan bazı hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve devlet tarafından bunlara dokunulamayacağı yolundaki temel düşüncenin bir ürünü olarak, ilk kez modern sürecin başlarında geniş kitlelerce dile getirilmeye başlanmıştır. İbrahim Ö. KABOĞLU, **Dayanışma Hakları**, TODAİE Yayını, Ankara 1996, s.1

<sup>4</sup> Tarihsel sürecin de gösterdiği üzere cezalandırma amacının ve cezalandırma metotlarının belirlenmesinde içinde bulunulan dönemin sosyal değerlerinin ve ekonomik yapısının çok önemli bir etkisi vardır. Georg RUSCHE-Otto KIRSCHHEIMER, **Punishment and Social Structure**, Transaction Publishers, New Brunswick and London 2003, s.3 vd.

<sup>5</sup> Aydınlanma öncesi ortaçağ engizisyon muhakemesinde, sanık muhakemenin objesi olarak görülmekte ve cezai takibat karşısında genellikle savunmasız bırakılmaktaydı. Aydınlanma ile birlikte, ceza muhakemesinde yapılan reform hareketleri sonucunda, sanığın da her şeyden önce muhakemeye ilişkin haklarla donatılmış bir muhakeme süjesi olduğu kabul edilmiştir. Claus ROXIN, **Strafverfahrensrecht**, C.H. Beck, München 1998, s.117

<sup>6</sup> Bu noktada Toroslu'nun aydınlanmanın ceza hukuku üzerine etkileri konusundaki şu düşüncelerini aktarmak isteriz: *Ceza hukuku bugünkü anlamıyla bilimsel niteliğe aydınlanma ile kavuşmuştur. Nitekim bu dönemde cezai kurumlara eleştirel olarak bakabilme ve tabusal bazı kurumları tartışmaya açabilme imkanı doğmuştur.* Nevzat TOROSLU, "Ceza Hukukunda Okullar", **Nurullah Kunter'e Armağan**, İÜHF yayınları, İstanbul 1998, s.367; Bununla birlikte şu hususları da belirtmek gerekir ki; cezalandırmaya ilişkin modern teorilerin de en önemli dayanak noktaları akla ve deneye dayanmalarıdır. Tüm diğer modern projeler gibi, cezalandırmaya ilişkin modern teorilerin de suç ve cezalara ilişkin olarak, tüm suçlular bakımından ıslah edici ve tüm toplumlar bakımından suçlulukla makro düzeyde mücadele edecek hipotezler oluşturdukları görülür. Ancak tarihsel süreçte bunlardan bazılarının büyük yanılgılar olduğu ortaya çıkmıştır. Örneğin pozitivist okulun bilimsellik ve nesnellik iddialarıyla ortaya koyduğu doğuştan suçlular teorisi, bugün ciddiye alınmayacak iddialardan oluşan bir teori olarak görülmektedir. Bununla birlikte bilimselliğe insani değerlerden daha fazla önem verilmesinin bir sonucu olarak, bu teorinin etkin olduğu dönemde, insanlığın büyük acılar ve ıstıraplar çektiği de unutulmamalıdır. Doğuştan suçlular teorisinin kurucusu olan Lombroso, sayısız ceza davasında bilirkişi olarak dinlenmiş, sanıkların fiziksel görünüşlerine bakarak, onların suçlu olup olamayacaklarına ilişkin kanaatini açıklamış ve mahkemeler de hüküm verirken bu görüşlere itibar etmişlerdir. Örneğin, üvey annelerini öldürme isnadı altındaki iki kardeşin yargılaması sırasında mahkeme, Lombroso'dan hangi kardeşin annesini öldürebileceği konusunda uzman görüşü vermesini ister. Lombroso da fiziksel görünüşlerine dayalı olarak yaptığı inceleme sonucunda, kardeşlerden birisinin görüntü olarak, doğuştan suçlu tipine mükemmel şekilde uyduğunu beyan eder. Neticede

Batıda yaşanan bu değişimden hemen Avrupa'nın yanında ve hatta önemli bir kısım toprakları Avrupa'da bulunan Osmanlı Devletinin etkilenmemesi beklenemezdi. Nitekim tarihsel sürecin tanıklık ettiği üzere, Osmanlı Devleti de söz konusu gelişmelerden fazlasıyla etkilenmiş, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda önemli bir değişim geçirmiştir. Bu değişimlerden birisi de kamusal cezalandırma sisteminde yaşanmıştır. Cezalandırma sistemleri bakımından Avrupa'da yaşanan değişimler, diğer alanlarda olduğu üzere sonrasında bir şekliyle Osmanlı'yı da etkilemiş ve Osmanlı Devletinin cezalandırma sisteminde yeni yapılanmalar ortaya çıkarmıştır.

Biz bu çalışmamızda Tanzimat sonrası dönemde, Osmanlı Devletinin cezalandırma sisteminde yaşanan değişimleri, bu değişimin kaynağı olan Avrupa modernleşme sürecini de dikkate almak suretiyle incelemeye gayret ettik. Bu bağlamda çalışmanın, Tanzimat'tan itibaren Cumhuriyetin kuruluşuna kadar geçen süreçte, kamusal cezalandırma sistemi bakımından kat edilen mesafeyi ve yaşanan değişimi ortaya koymak bakımından faydalı olacağı kanaatindeyiz. Nitekim cezalandırma sistemindeki tarihsel gelişimi bilmek, hem bugünkü sistemi daha iyi anlamayı hem de gelinen noktanın değerini teslim etmeyi sağlayacaktır.

## 1. GENEL OLARAK HUKUKİ DÜZENLEMELER BAĞLAMINDA GÖRÜLEN DEĞİŞİM

Ülkemizde hukuk alanındaki modernleşme hareketi temel olarak Tanzimat'la birlikte başlar. Bu bağlamda Tanzimat, Osmanlı Devletinin toplumsal-hukuki düzeninin devlet eliyle değiştirilmesi, yeniden yapılandırılması hareketidir.<sup>7</sup> Tanzimat'la birlikte başlatılan iktibas ve kanunlaştırma hareketleri neticesinde Türkçe'ye çevrilen Fransız Ceza Kanunu 1858 yılında<sup>8</sup>, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu da çok az değişikliklerle 1879 yılında<sup>9</sup> Osmanlı Devletinin kanunları olarak kabul edilmişlerdir.

---

mahkeme onun işaret ettiği kardeşi üvey annesini öldürmekten mahkum eder... Rebecca B. FLEMING, "Scanty Goatees and Palmar Tattoos: Cesare Lombroso's Influence on Science and Popular Opinion" [http://www.tcr.org/tcr/essays/EPrize\\_Lombroso.pdf](http://www.tcr.org/tcr/essays/EPrize_Lombroso.pdf) s.204

<sup>7</sup> Zeki HAFIZOĞULLARI, "Türk Ceza Hukuku'nun Seksen Yılı", **Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2003, s.168

<sup>8</sup> Mehmet Emin ARTUK, "1926 Tarihli Ceza Kanununun Hazırlanışı", **Gerekçeli Ceza Kanunları**, Hazırlayanlar: Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, Alkım Yayınevi, İstanbul 1999, s.49

<sup>9</sup> Ahmet GÖKÇEN, "1929 Tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Hazırlanışı", **Gerekçeli Ceza Kanunları**, Hazırlayanlar: Mehmet Emin Artuk -Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, Alkım Yayınevi, İstanbul 1999, s.353 vd.

Ancak bu dönemde dini temellere dayalı olarak var olan şer’i hukuk da ortadan kaldırılmış değildir. Hukuk düzeninde görülen bu iki başlılık, şer’i hükümler arasında muhakemeye ilişkin çok fazla hüküm bulunmaması nedeniyle, ceza muhakemesi açısından pek bir sorun teşkil etmemiştir.<sup>10</sup> Buna karşın maddi ceza hukukuna ilişkin birçok kuralın, şer’i hükümler arasında da bulunması nedeniyle, bu iki hukuk sisteminin uylaştırılması önemli bir sorundu. Bu sorun, iktibas edilen kanunların şer’i kurallara aykırı düzenlemelerinin geçersizliğinin kabul edilmesi suretiyle çözüme kavuşturulmuştur.<sup>11</sup> Bu şekilde gerek kaynakları gerekse yapıları itibarıyla birbirinden oldukça farklı iki sistemin uylaştırulmasından ortaya çıkan karma sistem, varlığını Osmanlı Devleti’nin yıkılışına kadar devam ettirmiştir.<sup>12</sup>

1923 yılında Cumhuriyet ilan edilip, 1924 Anayasasına “*egemenlik kayıtsız şartsız milletindir*” hükmünün alınmasıyla, beşeri irade ürünü bir hukuk düzeninin kabulü kaçınılmaz hale geldi.<sup>13</sup> Çünkü bu hüküm egemenliği ve dolayısıyla hukuk oluşturma yetkisini beşeri irade olan millete vermektedir. Sonuçta bu düzenlemenin etkileri ceza ve ceza muhakemesi alanına da zorunlu olarak yansımış, 1924 Anayasasının kabulünden kısa bir süre sonra, 1926 yılında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>14</sup>, 1929 yılında da 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu,<sup>15</sup> yeni devletin hukuki

---

<sup>10</sup> O dönemde çıkartılan Hukuk Usulü Kanunundan farklı olarak 1879 tarihli Ceza Usul Kanununa şer’i hükümler alınmamıştır. Gülnihal BOZKURT, **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi**, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara 1996, s.105

<sup>11</sup> 1858 tarihli Ceza Kanununun 1. maddesinde, bu kanunun şeriatı aykırı olmayıp şeriatça uluım’r’e ait olan tazirin derecelerini tayin ve tespit için düzenlendiği ve “ancak şer’an muayyen olan hukuk-u şahsiyeye helal gelmeyeceği” de belirtilmiştir. **BOZKURT**, s.101

<sup>12</sup> **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Hukukunun Seksen Yılı, s.168 vd.

<sup>13</sup> Her ne kadar 1924 Anayasasında açıkça ifade edilmese de, bu hüküm yeni ülke düzeninin, laik bir yapıda olduğunun göstergesiydi. Nitekim hukuki anlamda laiklik, hukukun maddi kaynağının beşeri iradede olmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla egemenliğin millete verilmesi, hukukun maddi kaynağını da beşeri iradeye vermek sonucunu doğurmaktadır. Zeki **HAFIZOĞULLARI**, **Türk Hukuk Devrimi ve Laiklik**, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara 1992,s.23 vd.

<sup>14</sup> Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, cezai sorumluluğun kusur esasına bağlanması gibi temel bir takım evrensel değerleri içeren 765 sayılı TCK, 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunundan (Codice Zanardelli) iktibas edilmişti. 19. yüzyılın aydınlanma felsefesinin bir ürünü olan bu kanunun temel yapısını, liberal ve demokratik hukuk düşüncesi oluşturmaktadır. Esas olarak birey merkezli bir kanun olan Zanardelli Kanunu, klasik okul ekolünün etkisiyle oluşturulmuştu ve bulunduğu dönem açısından zamanının en gelişmiş kanunları arasında sayılmaktaydı. Nevzat **TOROSLU**, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s.24; **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Hukukunun Seksen Yılı, s.177

<sup>15</sup> CMUK’un mehzazını oluşturan 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu da (Strafprozessordnung) döneminin özgürlükçü ortamının etkiyle hazırlanmış ve özellikle sanık statüsündeki bireyler bakımından, birkaç yüzyıl öncesinin ortaçağ Avrupa’sı kanunlarıyla karşılaştırılmayacak kadar büyük güvenceler getirmiştir.



düzenlemeleri olarak yasama organında kabul edilmişlerdir. Her iki kanun da Yeni TCK ve CMK'nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihine kadar yürürlükte kalmışlardır.

Hukuki düzenleme bağlamında genel olarak yaşanan süreç bu olmakla birlikte, Osmanlı modernleşme hareketinin fiili olarak kamusal cezalandırma alanında getirdiği değişimler, farklı kriterlere göre oluşturulmuş birçok farklı alt başlık halinde incelenebilir. Ancak bunların tamamını ele almak, bir makalenin değil; bir monografinin içeriğini oluşturacak kadar geniş çaplı bir çalışmayı gerektirmektedir. Bu nedenle biz burada kamusal cezalandırma alanında Osmanlı modernleşme hareketiyle birlikte ortaya çıkıp, önemlerine binaen ilk bakışta dikkati çeken gelişmeleri inceleyeceğiz. Bu bağlamda Tanzimat sonrası dönemde temel olarak kamusal cezalandırma alanında görülen değişimler; a) cezaların insanileştirilmesine ilişkin değişimler, b) infaz kurumlarının sayısının arttırılmasına ve mevcutların iyileştirilmesine ilişkin değişimler olmak üzere iki alt başlıkta ele alınabilir.

## 2. CEZALARIN İNSANİLEŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN DEĞİŞİMLER

İslam ceza hukukunda genel olarak doğrudan fiziksel şiddet içeren bedeni cezaların hakimiyeti söz konusudur.<sup>16</sup> Osmanlı ceza hukuku da genel olarak İslam ceza hukukunun ilkelerine sadık kalınmak suretiyle şekillendirilmiştir. Ancak İslami kurallara bağlı kalınmak suretiyle oluşan bu hukukun yanında, yine İslami referansların verdiği izinle, padişahın

---

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO), 19. yüzyıla hakim olan aydınlanma felsefesinin oluşturduğu özgürlükçü ortamda ortaya çıkan bir kanun olarak, bu dönemin özgürlükçü bakış açısını yansıtmaktadır. StPO da, tıpkı CMUK gibi, yürürlüğe girdiği 01.10.1879 tarihinden sonra, değişen anlayışlar ve ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara paralel olarak Almanya'da çok sayıda değişiklik geçirmiştir. 1980 tarihine kadar 80 değişiklik kanunu ile toplamda 1400 değişiklik yapılmıştır. Son dönemde Alman yasa koyucunun giderek daha fazla değişiklik yapma eğiliminde olduğu görülmektedir. Sadece 1960'dan 1980'e kadar toplam 34 değişiklik kanunu ile toplamda 642 defa kanun değiştirilmiştir veya yeni hükümler eklenmiştir. Ancak temel yapı ve bölümlerde genel bir reform şu ana kadar yapılmış değildir ve genel olarak StPO'nun haksızlıklara yol açtığından da pek fazla şikayet edilmemiştir. Bilakis 19. yüzyılın özgürlükçü ortamında ortaya çıkan ve o dönemin özgürlükçü bakış açısını yansıtan StPO'nun, olağanüstü dayanıklılığının ve hukuk devletindeki bireysel koruma amacını çok net bir şekilde ortaya koyduğunun altı çizilmiştir. Otfried RANFT, **Strafprozessrecht**, Boorberg Verlag, Stuttgart, München... 1995, s.3

<sup>16</sup> Timur DEMİRBAŞ, **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s.133; Maddi yönden bireysel bir varlığın yok edilmesinden veya sınırlamaya uğramasında ibaret olan ceza, modern devletlerde genellikle üç varlık üzerinde etkili olmaktadır. Bunlar hayat (ölüm cezası), özgürlük (bireysel özgürlüğü bağlayıcı ceza) ve malvarlığı (para cezası)dır. **TOROSLU**, Genel Kısım, s.358, Bununla birlikte modern devletlerde suç karşılığı olarak en sık görülen ceza türü ise hürriyeti bağlayıcı cezalardır.

iradesiyle oluşturulan bir takım suç ve cezalar da bulunmaktadır. Zaman içerisinde bu tür suç ve cezaların oldukça geniş bir miktara ulaşmasıyla “örfi hukuk”, “örf-i padişahi”, örf-i münif-i sultani” terimleriyle ifade edilen ayrı bir hukuk kategorisi de oluşmuştur.<sup>17</sup>

Bu bağlamda İslam hukukunda cana, mala, nesle, ırza ve dine yönelik bazı hukuka aykırı fiiller tip suçlar olarak belirlenmiştir (had, ve kısas suçları). Bu düzenlemelerin ortaya koyduğu esaslar ışığında, toplumsal düzen açısından gerekli başkaca suçların ihdası ve bunlara verilecek cezaların belirlenmesi yetkisi ise devlete (Padişaha-ülülemre) bırakılmıştır.<sup>18</sup>

İslam hukukunda Tazir suçları dışındaki suçların cezaları zaten dini kurallar çerçevesinde belirlenmiştir. Büyük oranda doğrudan doğruya fiziksel şiddet içeren bu tür ceza uygulamaları Osmanlı Devleti’nin sonuna kadar infaz edilmeye devam etmiştir. Buna karşın tazir suçları için öngörülen cezalar ise, İslami gelenekte hapis cezalarının pek bulunmaması nedeniyle, uzunca süre yine doğrudan fiziksel şiddet uygulanması suretiyle infaz edilmiştir.

Bu bağlamda Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda en fazla kullanılan ceza yöntemleri idam, sürgün, teşhir ve dayaktır. En ağır ceza ise idamdır. İdam edilecek kişiler, şehrin meydanlarında ya da suçun işlendiği yerlerde idam edilerek halka ibret olsun anlayışı ile teşhir edilirdi.<sup>19</sup>

Modernleşme hareketleri öncesi klasik dönemde fiziksel şiddetin uygulanma alanı sadece cezaların infazı değildi. Daha sanık statüsündeki kişilerin tutulduğu tutukevi şeklindeki mekanlara tomrukhane denilmesi de, buralarda fiziksel şiddetin varlığını gösteren önemli bir delildir. Nitekim buralarda ağır suç işleme şüphesi altındakiler, tomruk adı verilen işkence aletiyle sorgulanarak bir süreliğine tutulurlardı.<sup>20</sup>

Ancak Tanzimat sonrası dönemde özellikle aydınlanma felsefesinin Osmanlı Devletine girişiyle birlikte, insana bakış açısı değişmiş ve cezaların daha insani olması gerektiği yolunda fikirler oluşmuştur. Dini kurallar nedeniyle, tazir suçları haricindeki suçlar için öngörülen cezalarda şiddet uygulaması devletin sonuna kadar varlığını devam ettirse de, tazir suçları

<sup>17</sup> Mustafa AVCI, **Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş**, Mimoza Yayınları, Konya 2008, s.19

<sup>18</sup> AVCI, **Osmanlı Ceza Hukuku**, s.13-14

<sup>19</sup> Ömer ŞEN, **Osmanlı’da Mahkum Olmak**, Kapı Yayınları, İstanbul 2007, s.4; Osmanlı da sık uygulanan prangaya vurma şeklindeki uygulama hakkında ise ayrıca bkz. Yasemin SANER, “Osmanlı’nın Yüzlerce Yıl Süren Cezalandırma ve Korkutma Refleksi: Prangaya Vurma,” in: **Osmanlıda Asayiş, Suç ve Ceza**, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul (Tarih Belirtilmemiş), s.163 vd.

<sup>20</sup> ŞEN, s.14

için Tanzimat sonrası dönemde giderek daha çok artan şekilde hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmeğe başlanmıştır. Dolayısıyla Osmanlı devletinde tazir suçları kapsamındaki fiiller için cezaların belirlenmesindeki devlete (padişaha-ülülemre) ait takdir yetkisi, modernleşmeye paralel olarak daha çok hürriyeti bağlayıcı cezalar yönünde kullanılmıştır.

Tazir suçlarının oldukça geniş bir alana yayıldığı göz önünde bulundurulursa, Tanzimat sonrası dönemde Osmanlı Ceza Hukukunun insani özellikler bakımından oldukça önemli bir gelişim gösterdiği söylenebilecektir. Bu dönemde oluşan fiziksel şiddet uygulamasından vazgeçilmesi şeklindeki eğilim, Cumhuriyetin ilanından sonra, idam cezasını gerektiren suçlar haricinde, hemen tüm suçlar bakımından fiziksel şiddeti teorik olarak reddeden bir ceza adaleti sisteminin de temellerini oluşturmuştur.

Bu değişimin temelini oluşturan Avrupa'da ise, doğrudan fiziksel şiddet içeren cezalardan hürriyeti bağlayıcı cezalara geçiş süreci, 17. yüzyılın ikinci yarısından itibaren başlamıştır. Bu bağlamda Avrupa'da cezanın seyirlik (infazı herkesin izleyebildiği bir gösteri) olmaktan çıkartılması 1800'lerin başına rastlar. Azap çektirmenin bir başka deyişle doğrudan fiziksel şiddet uygulanmasının son bulması ise 1830-1848 yılları arasında gerçekleşmiştir. Böylece modern süreçle birlikte, kalabalıklar önünde işkence suretiyle gerçekleştirilen infazlar giderek azalmış; doğrudan bedene yönelik ıstırap verici cezalar yerini yavaştan hürriyeti bağlayıcı cezalara bırakmışlardır. Bu dönemin başlarında cezalandırma sisteminde yaşanan gelişmelerle, eski uygulamalar tamamen bırakılmasa da, büyük ölçekli bir değişim yaşanmıştır.<sup>21</sup> Örneğin, Fransa'da ölüm cezası, acı vermemek amacıyla giyotinle infaz edilmişse de, uzunca yıllar seyirlik bir şenlik olmaktan çıkartılamamıştır.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Modern dönemin başlarında cezalandırma metodlarında görülen değişimler konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. **RUSCHE-KIRSCHEIMER**, s.53 vd.

<sup>22</sup> Bu dönemde cezalandırma tarzındaki değişikliği ele alan Foucault, "Hapishanenin Doğuşu" isimli eserine, 75 yıllık bir farkla uygulanan iki farklı cezalandırma türünü ortaya koyarak başlar. Öncelikle 1757'de babasını öldürmekten mahkum bir kimsenin, etlerinin kerpetenle kemiklerinden kopartılmasını ve elleri-ayaklarından bağlanıp atlarla dört bir tarafa çekilerek parçalanmasını anlatır. Daha sonra bu şekilde işkence edilerek öldürülen ve sonrasında cesedi yakılan mahkumun muhatap olduğu cezalandırma biçiminin uygulanmasından yaklaşık 75 yıl sonra yürürlükte olan, mahkumların kalkış, güne başlayış, çalışma ve günü bitirilerine ilişkin ayrıntılı kuralların yer aldığı bir infaz kurumu yönetmeliğini okuyucuya sunar. Bu iki farklı cezalandırma biçimini okuyucuyla paylaştıktan sonra, bu iki farklı uygulamanın, kısa süre içerisinde cezalandırma tarzının nasıl değiştiğini apaçık yansıttığını tespit eder. Artık devletin cezalandırma hakkının siyasi ve ahlaki açıdan yeni bir meşrulaştırılması sürecine girilmiştir.

Cezalandırma seyirlik bir unsur iken, çoğu kez, vahşilik bakımından suçu aşmakta veya ona eşit olarak ortaya çıkmaktaydı. Bu durumda halka açık infaz edilen cezalar, izleyicileri vazgeçirmeyi amaçladıkları bir kıyıcılığa alıştırmakta, onlara suçların sıklığını göstermekte, celladı caniye, hakimi katile benzetmek suretiyle rolleri ters yüz edebilmekteydiler. Bu düşünceler ışığında, modern dönemde cezalandırmanın etkinliği, onun ağırlığında değil; kaçılmaz olmasından beklenir hale gelmiştir. Suçluyu damgalayacak husus ise, mahkumiyetin kendisi olarak anlaşılmaya başlanmıştır. Böylelikle mahkeme kararları halka açık hale gelmiş; kapalı kapılar ardında gerçekleştirilen infaz ise adaletin mahkuma dayatmaktan haya ettiği ek bir utanç olmuştur.<sup>23</sup>

Yaşanan değişimle birlikte yeni cezalandırma sistemine yöneltilen en büyük eleştiriler ise, cezaların ağır olmayışına ilişkin olmuştur. Benzer eleştiriler Osmanlı'daki değişim sürecinde de dile getirilmiştir. Bu eleştirilere göre hapisane yeteri kadar cezalandırmamaktadır: *Mahkumlar daha az aç kalmakta, daha az üşümekte, sonuç olarak fakirlerin veya işçilerin çoğundan daha az yoksunluk çekmektedirler. Adil olan bir mahkumun diğer insanlardan fazla acı çekmesidir. Bedene ulaşmayan ve yeterince acı vermeyen ceza nedir ki?*<sup>24</sup> Günümüzde de cezanın ıslah edici olabilmesi için belirli oranda acı ve ıstırap içermesi gerektiği baskın görüştür.<sup>25</sup>

### 3. İNFAZ KURUMLARININ SAYISININ ARTTIRILMASINA VE MEVCUTLARIN İYİLEŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN DEĞİŞİMLER

Osmanlı'da hapisaneler konusunda derli toplu çalışmalar yapan ilk padişah II. Mahmut'tur. II. Mahmut'un başlattığı çok yönlü Avrupalılaştırma çabaları içerisinde hapisaneler de yer almaktaydı.<sup>26</sup> Ayrıca Osmanlı Devletinde, yukarıda da belirttiğimiz üzere, Tanzimat sonrası dönemde

---

Michel FOUCAULT, **Hapishane'nin Doğuşu**, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara 2006, s.33 vd.

<sup>23</sup> Bu konuda Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında isimli önemli eserinde şöyle demektedir: "Cezanın amacı, ne duyarlı bir varlık olan insanı üzüp bunaltmaktır ne de daha önce işlenmiş olan bir suçu işlenmemişcesine yadsımak, yok saymaktır... işkence gören mutsuz bir zavallının çığlıkları, daha önce işlenen eylemleri, geri dönülmesi artık olanaksız bir zaman diliminin içinden söküp atabilir mi?" Cesare BECCARİA, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk) İmge Kitabevi, Ankara 2004, s.69

<sup>24</sup> FOUCAULT, Hapishane, s.49 vd.

<sup>25</sup> "Ceza bir emri ihlal eden kimseye çektirilen acıyı ifade eder. Cezanın asıl karakteri, acı verici olmasıdır. Gerçekten acı vermeyen bir cezadan söz etmek, karanlık ışıktan veya soğuk ateşten bahsetmek gibidir." TOROSLU, Genel Kısım, s.357

<sup>26</sup> ŞEN, s.17

özellikle tazir suçlarına ilişkin olarak fiziksel şiddet uygulamasından vazgeçilmesi ve hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulanmaya başlanmasının bir sonucu olarak yeni infaz kurumlarına ihtiyaç duyulmuştur. Bununla birlikte modernleşme hareketleri sonucunda insana verilen değerin artmasına bağlı olarak, var olan ve yeni kurulan infaz kurumlarının şartlarının düzeltilmesi de bir devlet politikası haline gelmiştir.<sup>27</sup>

Bu noktada hapisane kavramının modern bir icat olduğunu da vurgulamak gerekir.<sup>28</sup> Avrupa’da modern dönemle birlikte, “*suçluların ıslahı, ancak hükümlülerin kapalı mekanlarda tutulması ve etkin şekilde gözetlenmesi halinde mümkün olabilir.*” şeklindeki görüş yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu düşüncenin oluşmasında Avrupa’da yaşanan veba salgılarının önemli bir etkisi olmuştur. Nitekim Ortaçağ Avrupa’sında bir kentte veba salgını çıktığı zaman uygulanacak bazı kurallar oluşturulmuş, bunlara uymama da çok ağır yaptırımlara bağlanmıştı. Örneğin söz konusu kent, derhal çevrelenir ve giriş-çıkışlara kapatılır, aksine davranışlar ölümle cezalandırılırdı. Başboş hayvanlar öldürülür; kent, her birinin başına bir denetimcinin verildiği küçük parçalara bölünürdü. Halka belirtilen günde evde kalma emri verilir, uymayanlar ölümle cezalandırılırdı. Her aile önceden erzak stoklamış olmalıydı. Sadece ekmek ve şarap için caddede ve evlerin arasında küçük tahta kanallar yapılmıştı. Bunlar mal sağlayıcılarla halk arasında, temas olmaksızın ihtiyaçların karşılamasını sağlamaktaydı. Kurallara uyulup uyulmadığı sıkı bir şekilde görevliler tarafından denetlenmekteydi. Bu sistemde teftişler sürekli, bakışlar her yerdedi. Böylelikle vebalı kentler için getirilen bu uygulamalar sayesinde fark edildi ki, bireyleri sabit bir yere kapatmak, bütün hareketlerin denetlendiği, iktidarın hiyerarşik ve sürekli bir biçimde icra edildiği, her bireyin kapalı mekan içerisindeki hemen tüm noktalarda gözetlendiği disiplinsel bir modeli oluşturmaya imkan vermekteydi.<sup>29</sup> Başta vebalı kentler için düşünülen bu modelin, zamanla suçluları gözaltında tutmak için de uygulanabileceği düşüncesi ortaya çıktı ve yavaş yavaş bugünkü anlamıyla hapisaneler inşa edilmeye başlandı.

<sup>27</sup> Ancak bunda çok başarılı olduğunu söylemek zordur. Buna rağmen en azından bu yönde gösterilen gayretler, Cumhuriyet döneminde oluşturulacak infaz sisteminin düşünsel altyapısını inşa etmiştir.

<sup>28</sup> “*Hapishane, toplumun karakterinin bir ifadesi ve kültürün bir görünüşüdür. Hapishanenin tarihi, kültür tarihinin bir yansımasıdır. İnsanlığın duygusal evrimi içerisinde ilkel, vahşi şiddet ifadelerinden, sosyal koruma ve iyileştirmeye doğru bir gelişim takip edebilmektedir.*” Timur DEMİRBAŞ, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların ve Cezaevlerinin Evrimi,” in: **Hapishane Kitabı**, Kitabevi Yayınları, İstanbul 2010, s.11

<sup>29</sup> FOUCAULT, Hapishane, s.289 vd.

Suçlulardan toplumu korumak ve onları terbiye etmek için, bu kimselerin kapalı mekanlarda tutulması gerektiği düşüncesinin yaygınlaşmasıyla birlikte, hapisanelerin sayısında önemli bir artış gözlenmiştir. Gelişen süreçte modern devletler, teknolojik gelişmelere paralel olarak, infaz kurumlarında bulunan hükümlüler üzerindeki gözetimin boyutlarını da arttırmışlardır. Yoğunlaşan bu gözetimin temel amacı ise hükümlüler hakkında bilgi sahibi olmak ve böylelikle onları itaate mecbur kılıp, terbiye etmektir.<sup>30</sup>

Osmanlı'da Tanzimat sonrası dönemde inşa edilen pek çok hapisane, cezaların insanileşmesinin ve hürriyeti bağlayıcı cezalara geçişin delili olarak gösterilebilirler. Bu bağlamda Osmanlı devletinde Anadolu'da hizmete açılan ilk cezaevlerinden bazıları ve kuruluş tarihleri şu şekildedir: Manavgat 1852, Şırnak 1856, Alaçam 1890, Kınık 1907, Manyas 1910, Vezirköprü 1870, Kastamonu 1889, Erzurum 1900.<sup>31</sup>

İslam hukuku geleneğinde ve dolayısıyla Osmanlı Ceza Hukukunda, bedeni cezaların esas olması ve hapis cezasının pek bulunmaması nedeniyle, hürriyeti bağlayıcı cezaların infaz edildiği yer anlamında hapisanelere pek rastlanmazdı.<sup>32</sup> Bu nedenle Osmanlı Devletinde klasik dönemde, hapisanelerin kurumsallaşması ve sayıca fazlalaşması pek mümkün olmamıştır. Az sayıdaki hapisaneler ise, genelde taziren cezalandırılan suç faillerinin cezalarının infazı amacıyla yönelik olarak faaliyet göstermişlerdir. Nitekim taziren cezalandırılan suçlarda padişah ve onun adına bu yetkiyi kullananlar, suçun nitelik ve derecesine göre cezayı belirlemektedirler. Bu cezalar arasında ise hapis cezaları da bulunmaktaydı. Bu bağlamda tazir suçları hapis cezasının başlıca kaynağını oluşturmuşlardır.

Osmanlı devletinde bahsettiğimiz kaynaklara dayanan hapis cezalarının infazı amacıyla kullanılan yerler ise genelde kale burçları olmuştur. Karanlık, havasız ve nemli oldukları için bu yerlere Farsçada karanlık,

<sup>30</sup> “Nitekim bilgi, yönetene, hem meşruluk hem de etkinlik kazandırır. Bu bağlamda bilgiye sahip olmak, iktidar olmaktır.” Zygmunt BAUMAN, **Yasa Koyucular ile Yorumcular**, (Çev. Kemal Atakay), Metis Yayınevi, İstanbul 1996, s.62

<sup>31</sup> **DEMİRBAŞ**, İnfaz Hukuku, s.142, Daha ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **DEMİRBAŞ**, Cezaevlerinin Evrimi, s.34

<sup>32</sup> Bununla birlikte İslamiyet'in ilk devirlerinde suçluların geçici olarak kapatıldığı yer anlamında hapisanelerin bulunduğu bazı kaynaklarda yer verilmiştir. Hapisane olarak bilinen ilk bina Hz. Ali zamanında yapılmıştır. Daha önceleri ise, bazı evler ve mescitler kapatma yerleri olarak kullanılmaktaydı. Bahsettiğimiz bu örneklerin kurumsal anlamda hapisaneler olmadığına altını çizmek gerekir. Bu bağlamda söz konusu yerlerin hem bir tutukevi hem de cezaların infazına kadar suçluların tutuldukları ve ayrıca borçluların, borçlarını ödemeleri için hapsedildikleri yerler olarak nitelendirilmesi daha doğru olacaktır. **DEMİRBAŞ**, İnfaz Hukuku, s.133 vd.

dehşete ve sıkıntıya düşürücü yer anlamına gelen “zindan” adı verilmiştir.<sup>33</sup> Yedikule, Babacafer ve Tersane zindanları bunların en ünlüleridir. Zindanlar genelde subaşının denetiminde olup; mahpuslara hayırseverlerin yardımıyla bakılırdı.<sup>34</sup>

Bu noktada şu tespiti de yapmak gerekir ki; Avrupa’daki modernleşmenin bir ayağını da sanayileşme oluşturduğu ve bu nedenle insan gücüne ve emeğine ihtiyaç duyulduğu için, modern dönemin başında birçok Avrupa hapishanesinde hükümlülerin çalıştırılması zorunluluğu bulunmaktaydı. Ancak Osmanlı modernleşme hareketinin sanayileşme gibi bir ayağı bulunmadığından, II. Meşrutiyet dönemine kadar mahkumlara çalışma zorunluluğu getirilmemiştir.<sup>35</sup>

İnfaz sistemindeki modernleşme hareketlerinin sonucu olarak İstanbul zindanları 1831’de kaldırılmıştır. Gelişen süreçte, Sultanahmet’te Mehterhane olarak da anılan İbrahim Paşa Sarayı’nın bir kısmında hapishane-i umumi kuruldu. Ancak İstanbul dışında kale burçlarının zindan olarak kullanılmasına devam edildi. Bununla birlikte Tanzimat sonrası dönemde kabul edilen 1840 (Kanun-ı Ceza), 1851 (Kanun-ı Cedit) ve 1858 (1274 Ceza) tarihli ceza kanunları ile birlikte hürriyeti bağlayıcı cezalar da norm düzeyinde Osmanlı Devleti hukuk sistemine dahil olmuş, fiili uygulanma miktarları da artmıştır.<sup>36</sup>

Osmanlı Devletinde Mahpushanelerdeki olumsuz koşulların düzenlenmesine ilişkin önemli hükümlere Islahat Fermanında rastlanmaktadır. Nitekim söz konusu metinde, *işkence ve eziyet ve bunlara benzer muamelelerin yapılması yasaklanıyor, bunları emreden amirlerin ve yapan memurların cezalandırılması öngörülmüyordu* (“... mücazat-ı cismaniye ve eziyet ve işkence müşabih kaffe-i muamele dahi kamilen lağv ve iptal kılınması ve bunun hilafına vukubulacak hareket şediden men ve zecrolunacağından maada bunun icrasını emreden memurin ile bilfiil icra eyleyen kesanın dahi ceza kanunnamesi iktizasınca tekdir ve tedip olunması...”). Keza, *hapishane şartlarının iyileştirilmesi* (“... usûl-i hapsiyyenin mümkün mertebe müddet-i kaile zarfında ıslahına mübaşeret edilmesi...”) isteniyordu.<sup>37</sup>

1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun hazırlanmasından sonra, gerek kanunun infaz kurumları ile ilgili maddelerini fiiliyata geçirmek

<sup>33</sup> DEMİRBAŞ, Cezaevlerinin Evrimi, s.29

<sup>34</sup> ŞEN, s.6

<sup>35</sup> Bu konuda bkz. ŞEN, s.7

<sup>36</sup> DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s.135 vd.

<sup>37</sup> Kemal GÖZLER, “Islahat Fermanı”, [www.anayasa.gen.tr/islahatfermeni.htm](http://www.anayasa.gen.tr/islahatfermeni.htm)

gerekse yabancı büyükelçilerin hapishanelerin kötü durumunu gerekçe göstererek kanunun kendi tabiiyetlerine uygulanmasına edecekleri itirazları engellemek amacıyla çalışmalara başlanmıştır. Bu çalışmalar kapsamında diğer görevlerinin yanında, infaz kurumlarının ıslahını sağlamak amacıyla Binbaşı Gordon İngiltere'den getirilerek devlet hizmetine alınmıştır. İnfaz kurumları konusunu görüşmek üzere Meclis-i Tanzimat dairesinde bir de özel meclis oluşturuldu.<sup>38</sup>

Konuya ilişkin Meclis-i Tanzimat Mazbatasında, *en fazla önem verilmesi gereken konunun, bir mücrimin tevkifiyle cezasının tayinine kadar bulunduğu yerin ceza mahalli olmaması lazım geldiği ve sanığın ceza almayabileceği göz önünde tutularak, onlara mücrim denmeyip, bu şüphelilerin farklı yerlerde tutulmaları gereği olduğu* yazılıdır. Aynı mazbatanın devamında, alan olarak küçük koğuşlara çok sayıda hükümlü doldurmanın, hükümlülerin tasnif edilmeksizin azılı suçlularla hafif suçluların bir arada tutulmasının, gereksiz yere mahkumlara pranga vurulmasının sakıncaları üzerinde de durulmuştur.<sup>39</sup>

II. Abdülhamid döneminde Avrupa standartlarında bir hapishane kompleksi yapmak için defaatle girişimde bulunulduysa da ekonomik maliyetlerin fazlalığı nedeniyle, bu girişimler hep sonuçsuz kalmıştır.<sup>40</sup>

İttihat ve terakki iktidarları döneminde de hapishanelerin iyileştirilmesi yönünde çalışmalar yapıldığı görülmektedir. 16 Mart 1911 tarihi belgeye göre, tüm vilayetlerde yapılacak ceza evlerinin aynı tarz ve şekilde yapılması yönünde alınmış bir karar bulunmaktadır. Ayrıca bu dönemde özellikle infaz kurumu çalışanlarının nitelikleri üzerinde de durulmaya başlanmıştır. Bu bağlamda 4 Ocak 1912 tarihli çıkartılan genelgede, boşalacak hapishane müdürlüklerine sınavla biraz ceza kanunu bilen kişilerin seçilmesi, gardiyanların da okuma yazma bilen kişilerden temin edilmesi hususlarına dikkat çekilmektedir.<sup>41</sup>

1916 yılında Osmanlı'da mevcut hapishanelerin düzenlenmesine yönelik nizamname raporu, o dönemde Hapishaneler ve Tevkifhaneler Umumi Müfettişi olan N. Ralhf tarafından hazırlanarak Hapishaneler Komisyonuna sunulur. Bu raporu değerlendiren komisyon, İçişleri ve adalet bakanlıklarına görüşlerini içeren bir rapor hazırlar. Bu nizamname raporu, her ne kadar o günkü mali durum nedeniyle gerçekleştirilmesi zor hükümler

<sup>38</sup> DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s.136

<sup>39</sup> BOZKURT, s.110

<sup>40</sup> Bu dönemde gerçekleştirilen çalışmalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEN, s.31 vd.

<sup>41</sup> DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s.140-141



içerse de; Cumhuriyet dönemine gerçekleştirilecek iyileştirmeler bakımından ilham kaynağı olmuştur.<sup>42</sup>

## SONUÇ

17. yüzyılda Avrupa’da başlayıp sonrasında hızla tüm dünyaya yayılan modern süreç, kısa zamanda Osmanlı devletini de etkilemiştir. Bu etkileyiş genel olarak çok olumlu sonuçları beraberinde getirmiştir. Kamusal cezalandırma özelinde ise, özellikle suç faillerine doğrudan fiziksel şiddet uygulanmasını içeren cezalandırma şekillerinin tazir suçları bakımından önemli ölçüde terk edilmesi ve hürriyeti bağlayıcı cezalara ağırlık verilmesi ilk göze çarpan olumlu gelişmedir. Bunun yanında zindan tipi infaz yerlerinden cezaevlerine geçilmesi, zaman içerisinde de bunların koşullarında sürekli artan şekilde iyileştirmeler yapılması yaşanan diğer bir önemli gelişme olarak sayılabilir.

Osmanlı döneminde başlayan bu değişimlerin, bugünkü ceza adaleti sistemimizin temelini oluşturduğu ve o dönemdeki değişimlerin sonucunda ortaya konan cezaların insani olması gibi bazı temel prensiplerin bugünkü ceza adaleti sisteminin vazgeçilmez ilkeleri olduğu görülmektedir. Bu bağlamda Tanzimat sonrası yaşanan sürecin, Türkiye’nin bugünkü toplumsal yapısı gibi ceza adaleti sistemini de şekillendirdiğini söylemek abartılı olmayacaktır.

---

<sup>42</sup> Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEN, s.73 vd.- ayrıca s.165

## KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin. “1926 Tarihli Ceza Kanununun Hazırlanışı”, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, Hazırlayanlar: Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, Alkım Yayınevi, İstanbul 1999
- AVCI, Mustafa. **Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş**, Mimoza Yayınları, Konya 2008
- BAUMAN, Zygmunt, **Yasa Koyucular ile Yorumcular**, (Çev. Kemal Atakay), Metis Yayınevi, İstanbul 1996
- BECCARIA, Cesare. **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk) İmge Kitabevi, Ankara 2004
- BOZKURT, Gülnihal. **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi**, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara 1996 (Bozkurt G.)
- DEMİRBAŞ, Timur. **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008
- DEMİRBAŞ, Timur “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların ve Cezaevlerinin Evrimi,” in: **Hapishane Kitabı**, Kitabevi Yayınları, İstanbul 2010
- FLEMING, Rebecca B. “Scanty Goatees and Palmar Tattoos: Cesare Lombroso’s Influence on Science and Popular Opinion” [http://www.tcr.org/tcr/essays/EPPrize\\_Lombroso.pdf](http://www.tcr.org/tcr/essays/EPPrize_Lombroso.pdf)
- FOUCAULT, Michel. **Hapishane’nin Doğuşu**, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara 2006
- FOUCAULT, Michel. **İktidarın Gözü**, (Çev. Işık Ergüden), Ayrıntı Yayınevi, İstanbul 2003
- GIDDENS, Anthony. **Modernliğin Sonuçları**, (Çev. Ersin Kuşdil), Ayrıntı Yayınevi, İstanbul 2004
- GÖKÇEN, Ahmet. “1929 Tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Hazırlanışı,” **Gerekçeli Ceza Kanunları**, Hazırlayanlar: Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, Alkım Yayınevi, İstanbul 1999
- GÖZLER, Kemal. “Islahat Fermanı”, [www.anayasa.gen.tr/islahatfermeni.htm](http://www.anayasa.gen.tr/islahatfermeni.htm)
- HABERMAS, Jürgen. “Meşrulaştırma Krizi”, in: **Siyasal Düşünce**, Derleyen: Michael Rosen-Jonathan Wolff, (Çev: Sevdâ Çalışkan-Hamit Çalışkan), Dost Yayınevi, Ankara 2006
- HAFIZOĞULLARI, Zeki. “Türk Ceza Hukuku’nun Seksen Yılı”, **Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi**, Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 2003
- HAFIZOĞULLARI, Zeki. **Türk Hukuk Devrimi ve Laiklik**, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara 1992

- KABOĞLU, İbrahim Ö. **Dayanışma Hakları**, TODAİE Yayını, Ankara 1996
- RANFT, Otfried. **Strafprozessrecht**, Boorberg Verlag, Stuttgart, München... 1995
- ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht**, C.H. Beck, München 1998
- RUSCHE, Georg-Otto Kirscheimer, **Punishment and Social Structure**, Transaction Publishers, New Brunswick and London 2003
- SANER, Yasemin. "Osmanlı'nın Yüzlerce Yıl Süren Cezalandırma ve Korkutma Refleksi: Prangaya Vurma," in: **Osmanlıda Asayiş, Suç ve Ceza**, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul (Tarih Belirtilmemiş)
- TOROSLU, Nevzat. "Ceza Hukukunda Okullar", **Nurullah Kunter'e Armağan**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1998
- TOROSLU, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006.



*HAKEMLİ*

## **CEZA HUKUKU ALANINDAKİ AKADEMİK BAŞARININ, SOSYAL HAYATTA ETKİLİ SERMAYE TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ**

*Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA\**

“Herkes eşittir ama bazıları daha eşittir...”<sup>1</sup>

### **GİRİŞ**

Bir kişinin hayattaki başarısı, hayatın değişik alanlarına ve farklı kriterlere göre değerlendirilebilir. Bu nedenle başarı değerlendirmesi kendi içerisinde bir görecelik de taşır. Bu çalışmada, geniş anlamda ceza hukuku alanında çalışan bir akademisyenin meslekteki başarısına etkili olan sermaye türlerini inceleme altına alacağız. Söz konusu incelemeyi gerçekleştirirken başarıya ilişkin göz önünde bulunduracağımız alan, bireyin yayın yapması, akademik ilerlemesi ve tanınırlığına ilişkin olacaktır. Bir akademisyenin başarısı elbette ki sadece yaptığı yayın, tanınırlık ve akademik ilerlemesine bağlı tutulamaz. Bilgisini başkalarına aktarabilmedeki yeterliliği, bilimsel paylaşımı, sosyal sorumluluk alması ve sosyal alanda faydalı projeler geliştirebilmesi gibi hususlar da başarı göstergesi olarak kabul edilebilecek öğelerdir. Ancak biz çalışmamızda daha somut ve nispeten ölçülebilir olmaları nedeniyle yukarıda saydığımız kriterleri göz önünde bulundurmaya tercih ettik. Tanınırlığın bir başarı kriteri olarak ele alınması belki ilk bakışta rahatsız edici gelebilir ama bu durumun çoğu kez yukarıda saydığımız bilimsel paylaşım, görüşlerini etkin olarak ifade edebilme, alanındaki tartışmaların yönünü belirleme gibi diğer başarı ölçütlerini desteklemek bakımından bireye büyük avantaj sağladığı da bir gerçektir.

---

\*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Doktora Programı Öğrencisi.

<sup>1</sup> Orwell'in “Hayvan Çiftliği” isimli kitabında, çiftlikte iktidarı ele geçiren domuzların “bütün hayvanlar eşittir” şeklindeki kuralı değiştirip “bütün hayvanlar eşittir, fakat bazı hayvanlar (domuzlar) ötekilerden daha fazla eşittir” haline getirmesine binaen, düşünsel yaşamda sıklıkla kullanılan bu özdeyiş, eşitlik adı altındaki eşitsizlikleri vurgulamaktadır. Eserin Türkçe çevirisi için bkz. George ORWELL, **Hayvan Çiftliği**, (Çev: İbrahim Akkuş) İlya Yayınevi, İzmir 2003.

Geniş anlamda ceza hukuku alanında çalışan bir akademisyenin başarısını etkileyecek sermaye türlerini belirlerken kullanacağımız ayrımlara ilişkin görüşlerimizin oluşmasında en etkili husus, Bourdieu'nun sosyal hayatta etkili kabul ettiği sermaye türlerine ilişkin görüşleri olmuştur. Bununla birlikte kendi gözlemlerimiz sonucu oluşturduğumuz bazı sermaye türlerini de çalışma içerisinde yeri geldikçe kullanacağız. Bu bağlamda sosyal hayatta etkili sermaye türlerinin ceza hukukuna ilişkin akademik hayattaki yansımalarının ne şekilde ortaya çıktığı çalışmada ele alacağımız temel konuyu oluşturmaktadır.

Çalışma, farklı meslek grupları için de burada kullanacağımız sermaye türleri ışığında gerçekleştirilebilir. Hatta burada ulaştığımız sonuçlardan bazılarının tüm meslek grupları bakımından geçerli olduğu da ileri sürülebilir. Bu nedenle çalışmanın başlığının neden ceza hukuku alanındaki akademik başarıyla ilişkilendirildiği sorusu akla gelebilir. Şöyle ki; burada sayacağımız sermaye türlerinin her meslek grubu bakımından yansımaları farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada, sosyal hayatta etkili sermaye türlerinin, somut olarak ceza hukuku alanında çalışan bir akademisyenin hayatını ne şekilde etkilediği inceleneceğinden çalışmanın başlığının bu şekilde belirlenmesi uygun görülmüştür.

Çalışma konumuz doğrudan hukuki bir soruna ilişkin değildir. Bununla birlikte geniş anlamda ceza hukuku alanında çalışmayı meslek edinmiş akademisyenlerin başarısına etki eden sermaye türlerini konu edinmektedir. Bu bakımdan çalışmanın, hukukla ilgili olan tüm bireylerin ve özellikle genç akademisyenlerin ilgisini çekeceği ve faydalı olacağı umut edilmektedir.

Çalışma, sadece kendi gözlemlerimize, bazı genel-geçer bilgilere ve Bourdieu'nun tespitlerine dayanmaktadır. Bu konuda tarafımızdan yapılmış niteliksel veya niceliksel bir araştırma söz konusu değildir. Dolayısıyla inceleme kişisel gözlem ve düşüncelere dayanan bir deneme olma niteliğine sahiptir. Bununla birlikte bu çalışmada ele alacağımız konulara ilişkin yapılmış çalışmalardan da önemli ölçüde faydalanılmıştır.

## 1. GENEL OLARAK

Sosyal tabakalaşmanın ve sınıfların ortaya çıkışında temel belirleyicinin ekonomik sermaye olduğunu ileri süren Marx, sınıfsal ayrımları ortadan kaldırmak ve bireylerin sosyal hayatta eşit fırsat ve imkanlara sahip olmasını sağlamak için ekonomik sermayeyi, bu bağlamda da özel mülkiyeti ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Böylelikle sınıfsal ayrımlar ortadan kalkacak, sosyal hayatta herkes mümkün olduğunca eşit koşullar altında yaşacaktır.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Görüşü daha iyi ortaya koyma bakımından Marx'tan şu alıntıyı yapmayı uygun buluyoruz: "Komünizm hiç kimseyi toplumun üretimine sahip olma gücünden yoksun bırakmaz; onun

Ancak Bourdieu, sosyal hayatta başarıyı ve sınıfları belirleyen en önemli etmenlerden birisinin ekonomik sermaye olduğunu kabul etmekle birlikte; bunun tek belirleyici olmadığını ileri sürmektedir.<sup>3</sup> Ona göre sosyal hayatta ekonomik sermayenin yanında bireyin diğerleri karşısında avantajlı veya dezavantajlı duruma gelmesine neden olan *sosyal sermaye, kültürel sermaye ve sembolik sermaye* gibi başkaca önemli sermaye türleri de bulunmaktadır.<sup>4</sup>

Bourdieu'ya göre sermaye, bireylerin sosyalleşme süreçleri sayesinde sahip oldukları ve sosyal anlamda güce dönüştürebilecekleri bir enerjidir.<sup>5</sup> *Ekonomik sermaye*, sahip olunan ve ekonomik değeri olan maddi gücü ifade eder. *Sosyal sermaye* ise, az çok kurumsallaşmış olan arkadaşlık, tanıma ve sosyal statüye dair ilişkilerinden oluşur. Bunun yanında *kültürel sermaye* farklı alanlardaki kültürel donanımı içerir. Kültürel sermaye, farklı şekillerde ele alınabilir. Ancak biz çalışma içerisinde bu kavramı, dili yeterli kullanma yeteneği, nezaket kurallarını bilme, vücut dilini iyi kullanma gibi daha çok bedenselleşen kültürel davranışları ifade etmek üzere ele alıyoruz. Bunlar dışında bu üçünün birleşiminin etkisiyle oluşan ve üçünün bünyesindeki biçimsel bütünü ifade eden *sembolik sermaye* de bulunmaktadır.<sup>6</sup> Ancak bu çalışmamızda Bourdieu'nun ilk üç sermaye türü dikkate alınırken, sembolik sermaye kullanılmayacak, buna karşın bireyin doğuştan sahip olduğu zeka ve fiziksel görünümü gibi özelliklerini ifade eden *doğal sermaye* ve bilimsel bilgi birikimini ifade eden *bilimsel sermaye* türleri kullanılacaktır.

---

*bütün yaptığı, böyle bir mülk edinme sayesinde başkalarının emeğini boyunduruk altına alma gücünden kişiyi yoksun kılmaktır... Gelişme seyri içinde sınıf ayrılıkları ortadan kalktığı ve tüm üretim muazzam bir birlik halinde hep bir araya gelen milletin elinde toplandığı zaman, kamu iktidarı siyasi karakterini yitirecektir... o zaman sınıfları ve sınıf ilişkileriyle eski burjuva toplumunun yerini alan birlikte (yeni düzende), her insanın özgürce gelişmesi, bütün herkesin özgürce gelişmesinin şartı olacaktır.” Karl MARX, “Komünist Manifesto”, in: **Siyasal Düşünce**, Derleyen: Michael Rosen-Jonathan Wolff, (Çev: Sevda Çalışkan-Hamit Çalışkan), Dost Yayınevi, Ankara 2006, s.455 vd.*

<sup>3</sup> Bourdieu, çalışmalarında toplumsal hiyerarşileri ve egemen yapıları yeniden üreten mekanizmaları ve bunlarla ilgili toplumsal mücadeleleri analiz etmiştir. Bu bağlamda ekonomik faktörlere fazlasıyla öncelik veren Marxist analizi eleştirir. Nitekim ona göre toplumsal sınıfların oluşmasında toplumsal aktörler tarafından üretilen dilsel ve kültürel beceriler de önemli rol oynar. Dolayısıyla Bourdieu'nun Marxist yaklaşımla toplumsal çatışma ve mücadelenin önemini paylaştığını, ancak bunun sadece ekonomik çatışma ve mücadeleye indirgenmesini doğru bulmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Cihat ÖZSÖZ, “Ünite 1: Pratik, Kültür, Sermaye, Habitus ve Alan Teorileriyle Pierre Bourdieu Sosyolojisi,” **Sosyolojide Yakın Dönem Gelişmeler**, (Ed: Serap Suğur, Aylin Görgün Baran) Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2013, s.11

<sup>4</sup> Loic WACQUANT, “Pierre Bourdieu: Hayatı, Eserleri ve Entelektüel Gelişimi”, **Ocak ve Zanaat-Pierre Bourdieu Derlemesi**, İletişim Yayınları, İstanbul 2007, s.62

<sup>5</sup> Emrah GÖKER, “Ekonomik İndirgemeci mi Dediniz”, **Ocak ve Zanaat-Pierre Bourdieu Derlemesi**, İletişim Yayınları, İstanbul 2007, s.278

<sup>6</sup> GÖKER, s.282 vd.

Bu noktada hemen şu tespiti yapmak da gerekir ki; Bourdieu'nun bakış açısının kabul edilmesi halinde bireyleri eşitlemek ve sosyal hayatta sınıfları ortadan kaldırmak Marx'ın bakış açısına nazaran çok daha zor ve çetrefillidir. Nitekim gerçek anlamda, sosyal alanda sınıfları ortadan kaldırmak ve bu anlamda bir eşitlik sağlamak için sadece ekonomik sermayeyi değil; aynı zamanda sosyal, kültürel ve sembolik sermayeyi de eşitlemek gerekir ki; bu da neredeyse imkansızdır.

Bu bağlamda bizim bu çalışmada ortaya koyacağımız iyi bir ceza hukukçusu olabilmenin etkin koşullarının bazı bireylerce çok daha önceden edinildiğinin bir tespiti olacaktır. Bu durumu tespit ettikten sonra, isteyen herkesin ceza hukuku alanında ya da istediği başka bir alanda başarılı olabilmesi için eşit koşulları sağlamanın reçetesini yazmak gibi bir amacımız yoktur. Kaldı ki; her birey açısından minimum bir hayat standardının sağlanması haricinde, sosyal sınıflaşmanın önüne geçecek, bireyler arasında tam bir eşitlik sağlamanın hem mümkün olmadığını hem de bu mümkün olsa bile, sonucun insanlığın özgürlüğünü ve gelişimini durdurmak suretiyle, düşünsel ve maddi yokluğu paylaşmak konusunda bireyleri eşitleyeceğini düşünmekteyiz.<sup>7</sup> Ancak giderek siyasal alanın konusuna giren bu tartışmaya daha fazla girmemeyi uygun buluyoruz. Bu kısa açıklamayı ise, çalışmayı temel olarak Bourdieu'nun tespitlerine dayandırmakla birlikte, olması gereken ve çözüm yolları bağlamında Bourdieu'dan farklı düşündüğümüzü vurgulamak için yapma ihtiyacı hissettik.

## 2. EKONOMİK SERMAYENİN ETKİSİ

İyi bir ceza hukukçusunun, ailesine veya diğer bir nedene bağlı olarak kullanımını altında bulunan ekonomik bir sermayesinin bulunmasının, onun gerçekleştireceği çalışmalar için önemli avantajlar sağlayacağı bir gerçektir. Bu bağlamda çocukluk ve gençlik dönemlerinde iyi düzeyde maddi olanaklara sahip olan birey, maddi imkansızlıkların getirdiği olumsuzluklarla mücadele etmek zorunda kalmayacak, vaktinin önemli bir bölümünü kendini gerek bedensel gerekse zihinsel anlamda sağlıklı olarak geliştirme olanağı

---

<sup>7</sup> Özgürlük ve eşitlik çatışması konusunda Popper'in şu görüşlerini aktarmayı faydalı görüyoruz; "... Birkaç yıl boyunca, hatta Marksizmi reddettikten sonra bile sosyalist olarak kalmaya devam ettim; eğer sosyalizmin bireysel özgürlüklerle kaynaşabilmesi mümkün olsaydı, bugün hala sosyalist olabilirdim. Çünkü siyasal ve sosyal açıdan herkesin eşit olduğu bir toplumda gösterişsiz, basit ve özgür bir yaşam sürmekten daha iyi bir şey olamaz. Fakat bunun sadece çok güzel bir hayal olduğunu anlamam çok uzun sürdü. Yani, özgürlüğün eşitlikten daha önemli olduğunu, eşitliği gerçekleştirme girişimlerinin özgürlüğü tehlikeye düşürdüğünü ve özgürlüğün yitirilmesi halinde özgür olmayanlar arasında bile eşitliği sağlamanın mümkün olmayacağını çok geç fark ettim." Karl POPPER, **Özgürlüğün En Büyük Düşmanı Eşitlik-Yüzyılın Dersi**, Plato Yayınları, İstanbul 2006, (Arka Kapak Metni)



bulacaktır. Örneğin para kazanma gibi bir gereksinimi olmadığı için vaktini okuyarak, gezip görerek, araştırarak, sosyal etkinliklere katılarak geçirebilecek; bu da onun daha donanımlı bir birey olmasını sağlayacaktır. Ayrıca tüm bu faaliyetleri gerçekleştirebilmek için zamanın yanında yeterli ekonomik güce de ihtiyaç olduğundan, ekonomik sermaye burada da bireye önemli bir avantaj sağlayacaktır.<sup>8</sup>

Bununla birlikte ekonomik sermaye bireye, iyi okullarda eğitim görme ve dolayısıyla daha nitelikli eğitim alma imkanları da sağlayacaktır. Ceza adaleti sistemimizin Kıta Avrupa'sı hukuk sistemine dahil olması nedeniyle, ceza adaleti sistemimizin dayandığı düşünsel ve felsefi temeller, Almanya başta olmak üzere Fransa ve İtalya gibi Kıta Avrupa'sı ülkeleriyle aynı paraleldedir.<sup>9</sup> Bu bağlamda maddi olanakları sayesinde, özellikle eğitimine bu ülke dillerini kullanma kabiliyeti sağlayacak İtalyan lisesi, Alman lisesi, Avusturya lisesi, Galatasaray lisesi gibi okullarda devam eden bireyler, ileride ceza hukuku alanında çalışmaya başladıklarında, dil konusunda diğer meslektaşlarının yaşadığı sıkıntıları yaşamayacak, dil öğrenmek için geçirmeleri gereken meslekteki sürelerini, diğer çalışmalarına ayırabileceklerdir. Ayrıca küçük yaşlarda özellikle pratik kullanıma ilişkin olarak dil yeteneğini geliştirmek, ilerleyen yaşlara nazaran çok daha kolay olduğundan, orta öğrenim sırasında böyle bir imkana sahip olma, bu meslek grubu bakımından önemli bir avantaj olarak ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki; Kıta Avrupa'sı dillerinden birinin yanında, İngilizce de edinilmişse, ceza hukuku akademisyeninin hem yerel düzeyde üretken olmasının hem de ürettiklerini dünyanın her yerinden akademisyenlerle paylaşabilmesinin yolu açılmış demektir. Nitekim Kıta Avrupa'sı sisteminde geniş anlamda ceza hukukunun mantığını ve felsefi temellerini kavrayabilmek için Kıta Avrupa'sı dillerinden en az birisini kullanabilmek; bilimsel birikimi ve farklı

---

<sup>8</sup> Bourdieu gibi biz de buradaki anlatımlarımızda ekonomik sermayeyi bireyin (doğrudan doğruya ya da ailesi vasıtasıyla) sahip olduğu gelir-mal-mülkü ifade etmek için kullanıyoruz. Dolayısıyla Marx'taki gibi bireylerin üretim araçlarını ellerinde bulundurmalarına atıfta bulunmak gibi bir niyetimiz yoktur. Bourdieu'nun ekonomik sermaye kavramı ile Marx'ın sermaye sınıfı arasındaki farklar bakımından aynı yönde ayrıca bkz. **ÖZSÖZ**, s.11

<sup>9</sup> Yeni 2004 sonrası inşa edilen yeni ceza adaleti sisteminde özellikle Almanya'nın etkinliğinin son derece arttığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim 5237 s. TCK'nın Adalet Alt Komisyonundaki görüşmelere temel yabancı çalışma dili Almanca olan akademisyenler katılmıştır. Bu kişilerin ceza adaletine bakış açılarını da genelde Alman doktrini ve uygulaması şekillendirdiğinden, danışmanlık yaptıkları kanuna bunların fazlasıyla yansımaları olmuştur. Bu bağlamda komisyona; Adalet Bakanlığı tetkik hakimleri Zekeriya Yılmaz ve Yusuf Solmaz Balo, Yargıtay Üyesi Keskin Kaylan, Doç. Dr. Ahmet Gökçen (Marmara Üniv. Hukuk Fak. Öğretim Üyesi), Doç. Dr. İzzet Özgenç (Gazi Üniv. Hukuk Fak. Öğretim Üyesi) ve Doç. Dr. Adem Sözüer ( İstanbul Üniv. Hukuk Fak. Öğretim Üyesi) danışmanlık etmişlerdir. Mehmet Emin ARTUK-Ali Rıza ÇINAR, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler," **Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayını**, Ankara 2004, s.66, 80. dipnot

bakış açılarını en geniş anlamda dünyadaki diğer akademisyenlerle paylaşabilmek için de İngilizceye gerek vardır. Bunların her ikisinin genç yaşta kazanımı için ise çoğu kez belirli bir düzeyin üzerinde ekonomik sermayeye ihtiyaç vardır.<sup>10</sup>

Mesleğe başladıktan sonra ise, özellikle yurt dışına çıkabilmek, yabancı kaynakları yakından takip edebilmek açısından da ekonomik sermaye, başarıda önemli bir rol oynamaktadır. Böyle bir sermayesi olmayan bir ceza hukuku akademisyenin akademik gelişimi bakımından önem arzeden bu tür faaliyetlerde bulunabilmesinin tek yolu bir takım bursları kovalamak olacaktır. Ancak yeterli maddi güce sahip olan kimse, herhangi bir bursa gereksinim olmadan rahatlıkla yurt dışına çıkabilecek, istediği yayını alabilecek, dergilere abone olabilecek, kongre ve konferanslara katılabilecektir.

Son olarak, mesleğe başladıktan sonra maaşı dışında herhangi bir ekonomik sermayesi olmayan genç bir akademisyenin önemli maddi sıkıntılar yaşamaması muhtemeldir.<sup>11</sup> Bu durumdaki bir araştırma görevlisinin, düşünsel faaliyetlerinin çoğunu bu tür maddi sorunları gidermek için harcayacağını ve düşünsel anlamda mesleğine dair fazla mesai yapamayacağını söylemek kehanet olmayacaktır.

Bu bağlamda ekonomik sermayesi olan bir akademisyen, mesleki başarı anlamında bu sermayesi olmayanlara nazaran bir değil birkaç adım önde işe başlamakta ve mesleğini devam ettirmektedir. Bununla birlikte Bourdieu'ya göre, ekonomik sermayesi iyi olmamasına rağmen aşağıda inceleyeceğimiz kültürel sermayesi yüksek olan kişiler de toplumun egemen sınıfı içerisinde

---

<sup>10</sup> Bu noktada YÖK'ün internet sayfasında yer alan ve Türkiye'deki akademisyenlerin yaşadığı ekonomik sorunlara ilişkin verilere dayalı değerlendirmelerin yapıldığı rapordan şu alıntıyı yapmayı da uygun buluyoruz; “*Üniversitelerin önemli problemlerinden birisi olan nitelikli öğretim elemanı temini irdelenmesi gereken önemli bir problem olarak karşımızda durmaktadır. Üniversitelerden mezun olan başarılı öğrencilerin akademik kariyer yapmaktan kaçınmaları ya da akademik kariyerlerine devam etmemelerinin önemli sebeplerinden biri farklı kurum ve kuruluşlarda elde edebilecekleri gelirlerin, akademik personel olarak elde edebilecekleri gelirlerden çok daha yüksek olmasıdır.*” Muammer YAYLALI, **Türkiye’de Akademisyenlerin Özlük Haklarının Mevcut Durumu ve Özlük Haklarının İyileştirilmesi Raporu**, <http://www.yok.gov.tr/web/guest/ozluk-haklari>, s.1; Bu durumda akademik alanda meslek edinecek kimsenin ya ciddi bir ekonomik sermayeye sahip olması ya da özellikle meslekteki ilk yıllarında yaşayacağı ekonomik sıkıntıları göze alması gereklidir.

<sup>11</sup> Yukarıda da bahsettiğimiz, Türkiye'deki akademisyenlerin ekonomik durumuna ilişkin olarak hazırlanan raporda, değişik devletlerdeki akademisyen maaşlarının karşılaştırıldığı bir tablo da yer almaktadır. Diğer devletlerde akademisyenlere ödenen ücretlerle mukayese edildiğinde akademisyenlerimizin aldığı ücretlerin düşük olduğu açıktır. Yurt dışında çalışan Profesörlerin aldıkları maaşlardan örnekler verecek olursak, Amerika Birleşik Devletleri'nde 9.729 TL, Avustralya'da 13.499 TL, Kanada'da 13.605 TL, Japonya'da 12.195 TL ve Almanya'da 6.475 TL ücret ödenmektedir. YAYLALI, s.5

yer alabilirler. Ancak bunların, genellikle bu egemen sınıf içerisinde etkin bir rolleri olmaz. Buna klasik örnek akademisyenlerdir. Entelektüel birikimi güçlü tanınmış bir akademisyen, hatırı sayılır bir ekonomik sermayesi yoksa dahi, toplumun elit sınıfı içerisinde yer alabilir. Buna karşın çoğu kez bu sınıf içerisinde daha az söz sahibi olma riskiyle karşı karşıya kalır (Money talks).<sup>12</sup>

### 3. SOSYAL SERMAYENİN ETKİSİ

Bireyin sosyal ilişki halinde olduğu insanlar da onun mesleki başarısında önemli bir rol oynar. Bu bağlamda önemli noktalardaki, etkili kişilerle iyi ilişkiler içerisinde olmak kişinin hayattaki başarısını önemli ölçüde etkileyecektir.<sup>13</sup> Hatta birçok kez bu sermaye türünün etkinliği ekonomik sermayeden daha fazla olabilmektedir. Başarıya ulaşılacak istenen alanın türüne göre sahip olunan sosyal sermayenin etkinliği de değişecektir. Örneğin devlet hastanesinde işe girmek için başhekimini veya oradaki etkili diğer kimseleri tanımak, onlarla iyi ilişkiler içerisinde olmak etkili olabileceken, aynı sosyal sermaye üniversitede işe girmek bakımından bir anlam ifade etmeyebilir.

Sosyal sermaye, akademik hayatta, özellikle işe başlamak bakımından son derece etkili bir sermaye türüdür. Her ne kadar söylemsel olarak üniversitelerde bu tür faaliyetlere izin verilmeyeceği, kayırmacılığın olmayacağı ileri sürülebilirse de; sosyal hayatın birçok alanında olduğu gibi akademik alanda da bunun olmama ihtimali çok düşüktür. Ancak en azından umulur ki, akademik hayatta eşit bilimsel niteliktekiler arasında seçim yapılırken bu sermaye türü rol oynasın. Niteliksiz olanın nitelikli olanın önüne geçmesi söz konusu olursa, bu durum kayırmacılığın son noktasıdır ve ülkedeki bilimsel üretimin sonunun yaklaştığının önemli bir göstergesi olacaktır.

Ceza hukuku alanında çalışan bir akademisyenin sosyal sermayesinin niteliği, onun mesleğe alınmasından akademik ilerlemesine ve bir takım önemli idari görevlere getirilmesine kadar birçok noktada önemli rol oynar. Bu bağlamda mesleğe girişte, bilimsel niteliğin yanında, fakülte veya üniversite idaresiyle iyi ilişki sahibi olmak önemli bir avantaj sağlayacaktır.

---

<sup>12</sup> ÖZSÖZ, s.13

<sup>13</sup> Sosyal sermaye teorisinin özü, “ilişkiler sorunu” şeklinde iki kelime ile özetlenebilir. Birbiriyle ilişki kuran insanlar bu ilişkilerini devam ettirir ve birlikte hareket etmeyi başarabilirlerse, çoğu kez tek başlarına başaramayacakları şeyleri birbirlerinin yardımı ile başarabilirler. John FIELD, **Social Capital**, Routledge Yayını, Britanya 2003, s.1; Bourdieu'nun “sosyal ya da toplumsal sermaye kavramı” da bireyin içinde bulunduğu alanda sahip olduğu sosyal ilişkiler ağına gönderme yapar. ÖZSÖZ, s.12

Özellikle farklı siyasal görüşlere sıcak bakmayan kurumlarda, “ne olduğunu bilmediğimiz adamı nasıl alalım” şeklinde korumacı bir anlayışla, fakülte idaresinin veya üniversite yönetiminin iyi bildiği ya da iyi referanslara sahip kimselerin mesleğe alımına dikkat edilmektedir. Bu ise çoğu kez kayırmacılık olarak görülmemekte, bir tür kurumsal korunma mekanizması olarak algılanmaktadır.

Bu bağlamda mesleğe girişte, rektörün yakınında çalışan bir memurun oğlu olmak, çok zengin bir ailenin çocuğu olmaktan daha büyük avantaj sağlayabilecektir. Aynı şekilde üniversitede öğretim üyesi olan anne veya baba yahut da daha etkili hem anne hem de baba sahibi olmak akademik bir kadroya girmede son derece etkilidir. Dolayısıyla zengin bir aileden gelen birisine nazaran akademisyen bir aileden gelen kişinin akademik hayata girme şansı çok daha yüksek olabilmektedir.

Akademik hayata başlamada etkili olan sosyal sermaye, mesleki ilerlemede de etkili rol oynar. Akademisyenin çalıştığı hocalarla iyi ilişkiler kurması, hocalarıyla fazla sorun yaşamamış olması onun akademik ilerlemesi açısından son derece önemlidir. Sosyal sermaye birikimi, az-çok subjektifliği de içinde barındıran akademik ilerlemelerdeki sözlü sınavlarda sonucun belirlenmesinde, özellikle adayın geçme ya da kalma sınırında olduğu durumlarda önemli rol oynayacaktır.

Ayrıca birikimini pratiğe dökülebilmek için de iktidarı elinde bulunduranlarla iyi ilişkiler içerisinde olmak, en azından çatışma halinde olmamak da bu alandaki başarıda önemlidir. Örneğin ceza hukuku akademisyeninin, organize suç örgütleriyle mücadeleye ilişkin çıkartılacak bir kanunun hazırlanma sürecinde etkin rol oynayabilmesi ve komisyona girmek suretiyle bilimsel birikimini pratiğe dökübilmesi için iktidarı elinde bulunduran kimselerle iyi ilişkiler içerisinde olması gereklidir.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Bu açıklamalarımızdan iktidarla iyi ilişki halinde olmayı başarı olarak değerlendirdiğimiz veya akademisyende olması gereken bir vasıf olarak gördüğümüz sonucu çıkartılmamalıdır. Biz burada sadece bu kadar ceza hukukçusu arasından kanun yapma süreçlerinde göreve seçilmenin, en azından siyasal iktidarla çatışma halinde olmamayı gerektirdiğinin tespitini yapma amacındayız. Bununla birlikte bilgi-iktidar ilişkisi bağlamında iktidarın bilgi üreten (özellikle hukuk alanında) bir kaynak oluşu göz ardı edilmemesi gereken bir husustur. Foucault, iktidar ilişkilerinin bilgi üretimine etkisini, kendisine sorulan bir soru üzerine şu şekilde ifade etmektedir: “İkisinin (iktidar ve bilginin) kesin biçimde birbirine bağlı olduğunu söylemedim. Platon’dan bu yana, bilginin iktidardan tamamen bağımsız olarak var olamayacağı bilinmektedir. Bu, bilginin siyasi iktidara tabi olduğu anlamına gelmez, çünkü nitelikli bir bilgi bu koşullardan doğamaz. Bilimsel bir bilginin gelişimini, iktidar mekanizmalarındaki değişimler dikkate alınmadan anlamak olanaksızdır. Tipik örnek, ekonomi bilimidir. Fakat biyoloji gibi bir bilim de tarımdaki gelişmeler, dış ülkelerle ilişkiler ya da sömürgelerdeki tahakküm gibi karmaşık unsurlara göre evrildi. İktidar

Bunun yanında ceza hukuku akademisyeni veya Yargıtay Ceza Daireleri gibi kurumlarda çalışan ebeveyn veya yakın akraba sahibi olmak da, ceza hukuku akademisyeni açısından önemli bir şanstır. Ona yol gösteren, her an birikiminden faydalanabileceği böyle bir yakınının olması kişiye önemli avantajlar sağlar. Ayrıca küçüklüğünden beri ceza hukuku alanına ilişkin öğelerle bu yakınları sayesinde ilişki halinde olmak da ona iyi bir alt yapı sağlayacaktır. Bunun yanında bu tür yakınlıkların mesleğe girişte etkili rol oynayabileceğini de belirtmek gerekir.

Son tahlilde, akademisyen veya sosyal alanda etkili bir aileden gelmek, akademik alanda etkili kimselerle iyi ilişkiler halinde olmak, birlikte çalışılan hocalarla ve iktidar sahipleriyle en azından çatışma halinde olmamak tüm akademisyenlerde olduğu gibi, ceza hukuku akademisyeninin başarısında da önemli bir etkidir.

#### 4. KÜLTÜREL SERMAYENİN ETKİSİ

Kültürel sermaye, kişinin kültürel birikimine işaret eder. Sanattan anlamak, estetiğe ilişkin genel geçer kurallardan en azından haberdar olmak, topluluğa karşı etkileyici ve aksansız konuşabilmek, kendini iyi ifade edebilmek, sol elle çatal tutup nezaket kurallarına uygun şekilde yemek yiyebilmek, zevkli giyinmek ve akademik hayatta geçerli kültürel diğer ritüellerin bilgisine sahip olmak gibi hususlar, kişinin akademik hayattaki başarısını etkileyecek kültürel sermayesi içerisinde yer alır.<sup>15</sup> Akademik hayattaki başarıda bu saydıklarımızdan bazılarının az bazılarının çok etkisi olabilir; ancak her birinin bir şekilde başarıyı etkilediği bir gerçektir.<sup>16</sup>

---

*mekanizmalarını düşünmeden bilimsel bilginin ilerlemesi düşünülemez.” Michel FOUCAULT, İktidarın Gözü, (Çev. Işık Ergüden), Ayrıntı Yayınevi, İstanbul 2003, s.248.*

<sup>15</sup> Aynı yönde bkz. **FIELD**, s.14; Bourdieu çalışmalarında özellikle orta sınıf ailelerin çocuklarının okulda başarılı olmak için gerekli olan dilsel ve kültürel becerilerden oluşan kültürel bir sermaye ile donatıldıklarını ifade eder. İşçi kökenli çocukların ise bu becerileri ailede kazanamadıklarını ve çoğu kez de söz konusu eksikliklerini okulda gideremediklerini savunur. **ÖZSÖZ**, s.13; Aynı yönde bkz. Mehmet KARAGÜL, **Sosyal Sermaye**, Nobel Yayınları, Ankara 2012, s.65

<sup>16</sup> Bu bağlamda kültürel anlamda sermayenin elde edilmesinde bireyin habitusunun da önemli bir etkisi vardır. Bourdieu’da habitus kavramı, algıladığımız, değerlendirdiğimiz ve içinde hareket ettiğimiz dünya aracılığı oluşan, kalıcı ve aktarılabilen eğilimler sistemidir. **WACQUANT**, s.61; Başka bir deyişle habitus bireyin çok da hesaplamadan yaptığı ve özünde içinde bulunduğu grup tarafından kabul görmek için pratiğe döktüğü bir gerçekliktir. Habitus bir anlamda bireye “kim olsa aynı şeyi yapardı” mantığıyla hareket etme imkanı veren bir yatınlıklar bütünüdür. **ÖZSÖZ**, s.9; Yetiştirdiğimiz aile, sosyal çevre ve arkadaşlarımız bizim habitusumuzda etkilidirler. Bu bağlamda kültürel birikimi iyi bir aile tarafından yetiştirilmiş, iyi okullarda okumuş, akademisyenliğin inceliklerini öğrenebileceği bir ortamda büyümüş bir ceza hukuku akademisyeni de, mesleki anlamda gerekli kültürel sermayeyi de bir yönüyle elde etmiş olacaktır.

Kültürel sermaye öncelikle ceza hukuku akademisyeninin mesleğe girişinde etkilidir. Hemen her kurum nezaket kurallarını bilen ve kurum içinde ilişkilerini bu çerçevede kurabilecek kimseleri işe almak ister. Hatta adayın bu yönden eksikliği büyük boyutlardaysa, bilimsel niteliğinin ne kadar iyi olduğu çoğu kez göz ardı edilebilir. Bu kültürel sermayenin edinilmesi kişinin yetiştiği çevre ile çok yakından ilişkilidir. Örneğin kenar mahallede yetişmiş bir birey, yıllarca o çevrede genel-geçerli olan davranış kuralları gereğince ellerini açarak yürümeyi, kabadayı gibi konuşmayı öğrenmiş ve bunları uygulamış olabilir. Fakülte öğrenimi sırasında, arkadaş çevresi de muhtemelen kendisini yanlarında rahat hissettiği aynı çevreden gelmiş bireylerden oluşacaktır. İşte böyle bir kültürel sermayeye sahip olan kimsenin ders notları çok yüksek ve bilimsel birikimi çok iyi olsa bile çoğu kez akademik hayata başlama şansı olmayacaktır. Çünkü kurum idaresinin onu itici bulma ihtimali yüksektir. Aynı şey yetiştiği sosyal çevreye bağlı olarak aksanlı Türkçe konuşan bireyler bakımından da geçerlidir.<sup>17</sup>

Kültürel sermayeye önem verme kurumdan kuruma olduğu gibi, fakülteden fakülteye de değişiklik gösterebilir. Ancak hemen her kurum, çalışanında az veya çok, belirli bir düzeyde kültürel sermayenin olmasına dikkat eder. Örneğin Dış İşleri Bakanlığında çalışmak için kültürel sermaye seviyesi çok dikkate alınırken, başka bir kurumda o kadar çok dikkate alınmayabilir.

Bu sermaye türünün eksikliği halinde bireyler, çoğu kez yüksek ekonomik ve sosyal sermayeye sahip olsalar bile başarıya kolay kolay ulaşamayacaklardır.

Bunun dışında ceza hukuku akademisyeninin kültürel sermayesinin iyi olması, akademisyenin basın yayın organlarında yer alması ve daha tanınır olmasında da önemli rol oynar. Özellikle aşağıda inceleyeceğimiz fiziksel sermaye ile birlikte kültürel sermayeye sahip bir akademisyen, basın yayın organlarının arayıp da bulamadığı bir hazine gibidir. Hatta az bilgi birikimini son derece etkileyici konuşmasıyla izleyenlere aktaran bir ceza hukuku akademisyeni, son derece bilgili ancak etkileyiciliği pek olmayan bir başkasına oranla çok daha fazla tercih edilir. Bu şekilde, basın yayın organlarında yer almak, akademisyenin bilgi birikimini toplumla etkin şekilde paylaşabilmesi, ceza hukuku alanındaki tartışmalara yön verebilmesi, yayınlarının daha fazla takip edilmesini sağlayabilmesi bakımından ona önemli avantajlar sağlayacaktır. Ayrıca vakıf üniversitesinde çalışan ya da

---

<sup>17</sup> Bourdieu'ya göre sosyal gruptaki bireyler, ait oldukları sosyal statüyü ve diğer gruplardan farklılıklarını davranışlarına işlemiş sosyal sembolleri ile gösterirler. **FIELD**, s.12; Kişinin aksanı ve yemek yeme tarzı gibi hususlar da, onun ait olduğu grubu (geldiği yeri) gösteren sosyal sembollerdendir.

çalışmayı arzulayan ceza hukuku akademisyenleri bakımından avantajlar daha da büyüktür. Çünkü vakıf üniversiteleri, belirli bir ücret karşılığı öğrencilere öğretim imkanı sunmaları nedeniyle, tanınmış hocalardan kadro kurma eğilimindedirler. Bunun yanında kendi kurumlarında çalışan bir akademisyenin sıklıkla televizyonda yer alması ve her defasında ekranın alt kısmında konuşan kimsenin çalıştığı kurum olarak üniversitenin isminin bulunması da bir tür gizli reklam sağlayacaktır.

Kültürel sermaye özellikle ceza hukuku akademisyeninin klasik asistan hataları olarak nitelendirilebilecek bazı hataları yapmaması ve dolayısıyla hocalarıyla iyi ilişkiler kurması bakımından da önem arzeder. Örneğin, dersin hocasıymış gibi öğrencilerle doğrudan diyalog kurmak ve hoca gibi davranmak, hocasının işlerini son ana bırakmak ve jüriye girmesine bir hafta kala hocaya okuyacağı tezi vermek, “tezi okudunuz mu?” diye sürekli sormak klasik asistan hatalarıdır. Ancak akademisyen bir aileden gelme ya da yakın çevresinde akademisyen birisinin olması nedeniyle, hocaların bunlara ne kadar çok sinirlendiğini görmüş olan bir asistan, bu tür hatalara düşmeyecektir. Bu tür hataları yapmamanın ise onun çalışmalarından olumlu sonuç alma ve hocalarıyla iyi ilişkiler kurma bağlamında doğrudan veya dolaylı bir olumlu etkisi olacaktır.

## 5. DOĞAL SERMAYENİN ETKİSİ

Bireyin doğuştan sahip olduğu bir takım kişisel nitelikler onun doğal sermayesini oluşturur. Örneğin güzel-yakışıklı ve uzun boylu olmak, etkileyici bir ses tonuna sahip olmak, zeki olmak gibi sonradan kazanılmayan ancak doğuştan getirilebilen özellikler bu sermaye türünün içerisinde yer alır. Gerçekten hayatta başarıyı etkileyen önemli hususlardan birisi de bu tür öğelerdir.<sup>18</sup> Bir iş başvurusunda, kariyerdeki derece yükseltmelerinde, belirli bir amaca ulaşmada kişinin zekası,<sup>19</sup> dış görünüşü

<sup>18</sup> Genel kanı odur ki; bir kişi doğuştan getirilen bu özelliklere ilişkin kapasiteler doğrultusunda beğenilir veya gözden düşer. Dolayısıyla bu özelliklerinizin, etrafınızdakilerin sizinle ilgili değerlendirmelerini ve dolayısıyla başarıya ulaşmanızı bir şekilde etkilemesi muhtemeldir. Bu bağlamda Pierson aklın güzellik ya da fiziki kuvvetle olan benzerliğine dikkat çekmiştir; “Bir insanın zekasından, bir çocuğun sevimliliğinden, bir kadının güzelliğinden -,bir atletin gücünden söz edildiği gibi bahsedilir. Güçlülük veya güzellik, sevimlilik ya da zeka bizi çevreleyenler hakkında öne sürdüğümüz değer yargılarını oluşturur.” Pierre OLERON, **Zeka**, (Çev. Ela Güngören) Cep Üniversitesi Serisi, İletişim Yayınları, İstanbul 1995, s.13, 14

<sup>19</sup> “Öğrenme, öğrenilenden yararlanabilme, yeni durumlara uyabilme ve yeni çözüm yolları bulabilme yetisi olarak bilinen zeka; zihinsel yeteneklerin uyumlu çalışması olarak dikkat çekiyor... Diğer taraftan, iyi yönetilemeyen üstün zeka tahmin edilenin aksine pozitif değil, negatif sonuçları da beraberinde getirebilir.” Psikolog Ayşe Yanık Knudsen ile yapılan röportajdan, <http://www.ntvmsnbc.com/id/25471838/> (21 Ekim 2013 yayın tarihli röportaj)

ve fiziksel etkileyciliği en azından onun eğitimi, kültür düzeyi, ekonomik sermayesi kadar önemli bir rol oynamaktadır. Bu bağlamda çok kullanılan tabirle bireyin “prezentabl” olması, belirli bir kültürel sermayeye sahip olmasının yanında, yukarıda saydığımız özellikleri de bünyesinde barındırmasından geçmektedir.

Doğal sermaye, geniş anlamda ceza hukuku alanında çalışan bir bireyin araştırma görevlisi olarak işe alınmasından başlayarak akademik hayatı boyunca onun başarısını etkileyecek önemli etkidir. Doğal sermayenin zekaya ilişkin kısmı gerçekten kendisini geliştirebilmesi ve hukuki sorunlara farklı bakış açıları getirebilmesi bakımından akademisyenin başarısında ve bu bağlamda araştırma görevliliğine girişinde önemli rol oynar. Bunun dışında doğal sermayenin zeka dışında özellikle fiziksel görünüme ilişkin kısmı da, akademisyenin başarısında önemli bir rol oynayabilmektedir.<sup>20</sup> Araştırma görevlisi alımında söz sahibi olan akademisyen ve idarecilerden

---

<sup>20</sup> Burada Focus dergisinin uzmanlarla yaptığı görüşmelerden derlenen şu gazete haberini paylaşmayı uygun buluyoruz; *Bilimsel çalışmalardan elde edilen sonuç: Güzel insan, diğerlerine göre daha kolay iş buluyor ve daha hızlı bir kariyer yapıyor. Ama, çekiciliğin dezavantajlı yanları da var. İşte Focus dergisinin ilginç araştırması... “Hoşumuza gitse de gitmese de, çekici bulduğumuz insanlara diğerlerinden farklı avantajlar sunarız. Harvard Medical School’dan psikolog Doç. Nancy Etcoff, güzellik hakkında şunu söylüyor: “Onu umursamadan yüz çevirmek bedensel ihtiyaçları bastırmak kadar zordur.”... Amerikalı psikologlar da bir deney sırasında 75 erkek üniversite öğrencisine çeşitli çekicilikte kadın fotoğrafları gösterdiler. Ardından da bu kadınlardan en çok hangisine kan bağışlamak, eşyalarını taşımak, yanan bir evden kurtarmak gibi yardımlarda bulunabilecekleri soruldu. Sonuçlar sürpriz olmadı. Gençlerin hemen hepsi güzel kadınlar için her türlü yardıma hazır... Gel gelelim, güzel sayılan insanlar hiç de cennette yaşamıyorlar. Çünkü bu statünün bir bedeli var ve bu da bazen çok yüksek. Çekici insanlar, beklentiler yüzünden üzerlerinde büyük bir baskı hissediyorlar. Çevrelerinde uyandırdıkları hayranlık, her an kiskançlık ve çekememezliğe dönüşme tehlikesiyle karşı karşıya. Nancy Etcoff’a göre, güzel kadınlar “diğer kadınlar tarafından pek sevilmezler.” İşe yeni başlayan çekici insanların şansları da daha yüksektir. “Bir iş başvurusunda dış görünüş, kalifiye özelliklerinden daha önemli olabilir” diye vurguluyor Karl Grammer. Amerika ve Kanada’da yapılan geniş çaplı bir araştırma da çekici erkeklerin ortalama erkeklere göre yüzde 5 daha fazla gelir elde ettiğini gösterdi. Kadınlarda ise bu oran yüzde 4. Yapılan bir çalışmada, 289 reklam ajansının bilançoları, yönetici kadrolara ait 1.282 fotoğrafla birlikte karşılaştırıldı. Sonuç: Çekici ekiplerin çalıştığı şirketler, birçok durumda daha yüksek gelir sağlıyordu. Nancy Etcoff’a göre, genel bir eğilim olarak kendimizden üstün gördüğümüz ve onlarla aynı fikirde olmayı arzuladığımız; onlara iyilikler, hoşluklar yapmak istediğimiz güzel insanlar, tümüyle otomatik bir şekilde güçle bağlantılı birtakım ayrıcalıklara sahip oluyorlar. İş yaşamında da, birlikte çalıştığı insanların arasından sıvrılıp daha hızlı yükseliyorlar. Eğer güzellik, iş yaşamında ve mahkemede alınan ciddi kararları etkiliyorsa, o zaman belki gelecekte, hepimizin özlediği ve ulaşmaya çalıştığı güzelliği daha farklı bir gözle ele almak gerekebilir. “Güzellik bizi eşitsizleştirir” diyor Karl Grammer, “Ve bu aslında anti-demokratiktir.” (03.05.2006 tarihli Hürriyet Gazetesi haberi) <http://arama.hurriyet.com.tr/arsivnews.aspx?id=4351322>*



bir kısmı, “öğrenci karşısına çıkıp ders anlatacak”, “sürekli göz önünde olacak” gibi kaygılarla adayın dış görünüşüne, ses tonuna, uzun boylu olmasına, vs. dikkat edecektir. Bu hususların önem arzetmediğini, tek belirleyicinin bilimsel nitelik ve bilgi birikimi olduğunu kabul edenler bile, eşit bilgi birikimi ve bilimsel niteliğe sahip olanlar arasından seçim yaparlarken bile daha “prezentabl !” olanı tercih edeceklerdir.

Birey akademisyenliğe başladıktan sonra, özellikle görsel anlamda gerçekleştirdiği faaliyetlerde, fiziksel görünümüne ilişkin yeterli sermayesini kültürel sermaye ile de destekleyebilirse, çok rahat başarıya ulaşacaktır. Bu bağlamda kongre, panel, televizyon gibi alanlarda bireyin bu tür sermayeye sahip olması ona önemli avantajlar sağlar.<sup>21</sup>

Burada özellikle fiziksel görünüm anlamında fiziksel sermayenin önemini vurgulamamız, başarı için sadece bunun yeterli olduğu ve fiziksel sermayeye sahip herkesin başarıya ulaşacağı şeklinde algılanmamalıdır. Eğer kişinin bilimsel bilgi birikimi yoksa, sadece fiziksel sermaye çok anlam ifade etmez. Ancak bilimsel birikime sahip kimseler arasında bu tür doğal sermayesi iyi olan kimselerin mesleki başarı anlamında öne geçmeleri muhtemeldir kanaatindeyiz.

## 6. BİLİMSEL SERMAYENİN ETKİSİ

Bilimsel sermaye, bireyin belirli bir alana ilişkin sahip olduğu ve bilimsel olarak nitelendirilebilecek bilgi birikiminden oluşan sermayedir.<sup>22</sup> Genel bir bakış açısıyla, bu tür bir sermaye kültürel sermaye başlığı altında da değerlendirilebilirdi. Ancak kültüre ilişkin bilgi ve davranışlarla, bilimsel alana ilişkin bilgiyi birbirinden ayırarak incelemenin daha doğru olacağını düşünerek böyle bir ayrıma gitmeyi uygun bulduk.

---

<sup>21</sup> Fiziksel olarak ortalamanın üzerinde olan kişiler, bu durumun nimetlerinden faydalanmaya hayata atıldıkları ilk yıllarda, daha anasınıfındayken başlıyor. Öğretmen içgüdüsel olarak sınıftaki güzel çocuklara daha fazla odaklanıyor. Güzelliği (şuuraltında) zeka ve iyilikle ilişkilendirdiği için onlara daha çok söz veriyor. Bu durum çocuğu ilerleyen yıllarda da etkilemeye devam ediyor. Fransa’daki Halde adlı Ayrımcılık Gözlem Evi’nin Direktörü Jean-Francois Amadieu’ya göre fiziksel çekicilik, bir öğrencinin akademik performansında yüzde 20 ile 40 arasında değişime neden oluyor. Amadieu, "Sözlü not, tahmin ettiğimizden çok daha yaygın ve etkili" diyor. ABD’de iyi görünmenin bir yıl ve yarım diplomaya eşit olduğunu tahmin edildiğini de belirtiyor. Gaye GÜZELAY, “Güzellik Kariyerde Avantaj,” (3 Şubat 2008 tarihli **Hürriyet Gazetesi** Makalesi, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/8157785.asp>

<sup>22</sup> İnsanlar dünyayı tanımak ve anlamak için farklı bilgi türleri kullanmaktadırlar. Thomson ve Hickey tarafından yapılan bir ayrıma göre bilgi türleri deneyim, kültürel gelenek, inanç, otorite ve bilim olmak üzere beşe ayrılır. Bu sınıflandırmanın ayrıntıları ve bilgi kavramına ilişkin olarak bkz. Veysel BOZKURT, **Değişen Dünyada Sosyoloji**, Ekin Yayınları, Bursa 2007, s.64 vd. Bizim burada kastettiğimiz bilgi kavramı ise sadece bilimsel bilgiye ilişkindir.

Ceza hukuku akademisyeninin bilimsel sermayesi de, onun mesleğe girişten akademik ilerlemesine kadar birçok alanda başarısını doğrudan etkilemektedir. Kaldı ki, akademik alanda etkisinin en çok olması gereken sermaye türü de bu alana ilişkindir. Akademisyenliğe girişte zaten, bilimsel bilgi düzeyini ölçen yazılı ve sözlü sınavlar yapıldığı için adaylardan belirli bir bilgi düzeyine sahip olmaları beklenir. Bu bağlamda bilimsel sermaye, akademisyenin mesleğe girişte olmazsa olmazlarından.

Mesleğe girdikten sonra, bireyin ceza hukuku alanında o ana kadar üretilmiş bilgiyi iyi bilmesi ve bunu özümsemiş olması, onun bu alanda yeni bilgi ve görüş üretebilmesinin de en önemli şartıdır. Dolayısıyla o ana kadar yapılmış olanı iyi bilmeden yeni bir şeyler ortaya koymak zordur. Bu bağlamda alanında bilimsel birikim sahibi olmanın, bireye büyük avantaj sağlaması söz konusudur.

Sonuç olarak, bilimsel bilgi birikimi, bir ceza hukukçusunun başarısındaki en önemli etkidir; ancak istisnalar bir tarafa bırakılırsa, inceldiğimiz diğer sermaye türlerinin yokluğu veya önemli derecede eksikliği halinde tek başına bilimsel bilginin de bir anlam ifade etmediği kanaatindeyiz.

## 7. SOSYAL HAYATTA ETKİLİ SERMAYE TÜRLERİNİN BİRBİRİYLE İLİŞKİSİ

Yukarıda ceza hukuku alanında çalışan akademisyenin başarısında etkili sermaye türlerini olabildiğince ayrıntılı olarak inceledik. Bu sermaye türleri birbirinden tamamen bağımsız değildir. Bazen bunların birbiriyle yakın ilişki içerisinde olduğu da görülür. Örneğin ekonomik sermayenin iyi olması aynı zamanda kültürel sermayenin de iyi olması sonucunu doğurabilir. Nitekim ekonomik sermaye iyi eğitim alınması yönünde kullanılmışsa otomatik olarak kültürel sermayenin kazanımına etki edecektir.<sup>23</sup> Ancak bu demek değildir ki; ekonomik sermayesi iyi olan kimse her zaman kültürel sermaye de sahip olur. Nitekim böyle olmadığına dair birçok örnek gösterilebilir.

---

<sup>23</sup> Bir sermaye biçiminin bir başkasına dönüştürülebilme süreci sermayenin kuşaklar arası yeniden üretiminin bir parçasıdır. Zengin kişiler kendi çocuklarını iyi okullara göndermeye çalışırlar. Bu, parayı kültürel sermayeye (eğitsel yeterliliklere) dönüştürmenin yollarından biridir. Sermaye bu yolla aktarılabilir ve potansiyel olarak yeni, ekonomik bir biçim kazanabilir. İkinci olarak sermayenin dönüştürülmesi daha dolaysız bir anlama sahiptir. Ünlü bir atletin başarısı ve bu alana özgü sermayesi, müşterileri cezbedecek belirli ürünlerin arkasına imza atılarak veya otomobil satışı yahut sigorta şirketi gibi iş alanlarına açılarak paraya dönüştürülebilir. Bu durumda sembolik sermayeden faydalanılarak, ekonomik sermayeye dönüşüm gerçekleşmektedir. Sema MİSİ KİP, **Kültürel Sermaye ve Televizyon İzleme Alışkanlıkları**, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Halkla İlişkiler ve Tanıtım Anabilim Dalı Doktora Tezi, (Danışman: Prof.Dr. Demet Gürüz) İzmir 2010, s.15

Bunun yanında kültürel sermayenin iyi olması, aynı zamanda söz konusu kültürel birikimle önemli kişilerle iyi ilişkiler kurma imkanı sağlayıp, sosyal sermayenin artırılmasına da etki edebilir. Örneğin kültürel birikimi iyi bir öğrenci bunu kullanarak okuldaki hocasıyla iyi ilişkiler kurabilir ve bu da onu müstakbel ceza hukuku asistanı yapabilir.<sup>24</sup>

Sonuç olarak, her zaman olmasa da, birçok kez ceza hukuku alanında çalışan bir akademisyenin başarısına etkili sermaye türlerinden birine sahip olunması, bazen diğerlerine de sahip olunmasının önünü açabilir.

## 8. SERMAYE TÜRLERİ DIŞINDA BAŞARIDA ETKİLİ BİR ÖĞE OLARAK BAŞARI AÇLIĞI-MOTİVASYON

Yukarıda saydığımız sermaye türleri geniş anlamda ceza hukuku alanında çalışan bir akademisyenin başarısında gerçekten önemli rol oynamaktadır. Bu sermaye türlerine ilişkin önemli bir birikimi olan bir ceza hukuku akademisyenin de başarısı garanti değildir.

Bu noktada devreye, akademisyenin başarı açlığı ve başarı konusundaki motivasyonu girmektedir. Yukarıda açıkladığımız anlamda sermayesi çok fazla olmayan; ancak başarılı olmak konusunda çok büyük bir motivasyona sahip olan bireyler, bir şekilde sermaye eksikliklerini meslekleri için daha fazla emek ve zaman harcayarak kapatabilmektedirler.<sup>25</sup> Örneğin, mesleğe girişte, sosyal sermayesi az olan birey, çok çalışarak bilimsel nitelik anlamında kendisini iyi bir duruma getirebilmekte ve yılmadan değişik fakültelerin araştırma görevlisi alımı sınavlarına girerek zor da olsa kendisine bir kadro bulabilmektedir. Mesleğe başladıktan sonra ise, ekonomik sermaye azlığından yabancı dil seviyesini orta öğretimi sırasında geliştirememiş kimseler, sonradan burs kovalayarak, değişik projelerin içersisinde yer alarak yurt dışına çıkma ve orada yabancı dillerini belirli seviyeye getirme olanağına sahip olabilmektedirler. Hatta bu tür zorlu yollardan geçerek, ceza hukuku alanında bir yerlere gelmiş bireyler, ellerindekinin kıymetini ve fırsatların önemini iyi bilerek, fırsatları etkin değerlendirme bakımından çok daha başarılı olabilmekte, diğerlerine

<sup>24</sup> Sermaye türleri her zaman birbirinin varlığını zorunlu kılmaz. Bu bağlamda örneğin Yüksek ekonomik sermayeyle düşük kültürel sermaye bir arada olabilmektedir. Kısacası, “okumuş olmak”, “kültürlü olmak”la “zengin olmak” arasında dolaysız bir belirleme ilişkisi yoktur; en fazla, karşılıklı bir ilişki olduğu söylenebilir. **MİSİCİ KİP**, s.12

<sup>25</sup> Başarıda dikkat çekici olan hususlardan birisi de hemen her alandaki şampiyonların içinde, sönmez bir başarı arzusunun onlara büyük bir ivme kazandırdığıdır. Bu bağlamda motivasyon, coşturucu konuşmalarla, dağıtılacak ikramiyelerle ya da başka dış etkenlerle bir yere kadar sağlanabilir. Ancak gerçek motivasyonu sağlayan asıl şey bireyin içindedir. Aynı yönde bkz. Denis WAITLEY, **Kazanmanın Yeni Dinamiği**, (Çev. Belkis Çorakçı) İnkilap Yayınevi, İstanbul 1993, s.16

nazaran bilimsel üretim anlamında çok daha iyi türler ortaya koyabilmektedirler.

Bunun yanında ekonomik, sosyal, kültürel, bilimsel ve doğal sermaye türlerinde son derece önemli birikime sahip kimse, bir şekilde ceza hukuku alanında çalışmaya başladıktan sonra, eğer başarı açlığı hissetmiyor ve mesleki başarı anlamında motivasyon kazanamıyorsa, elindeki sermayenin onun başarısına hiçbir katkısı olmayacaktır. Sermaye birikimi birbirine yakın niteliğe sahip kimselerin, eşit motivasyon düzeyine sahip oldukları durumlarda, sermaye sahibi kimsenin lehine inanılmaz avantajlar sağlamaktadır. Ancak motivasyon yokluğu halinde, sermaye birikimi olan kimse, verimli toprak üzerine atılmış kuru dal gibidir. Toprak ne kadar verimli, yağmur ve güneş ne kadar bol olursa olsun, ondan filiz vermesi beklenemez.

## 9. BİLİMSEL BİLGİ DIŞINDA SERMAYE SAHİBİ CEZA HUKUKU AKADEMİSYENİNİN DEZAVANTAJI

Bir ceza hukukçusunun akademik anlamda başarıya ulaşmasında, bilimsel sermaye dışında başkaca sermaye türlerinin de etkisinin olduğunu yukarıda değişik başlıklar altında inceledik. Ancak bilimsel nitelikleri dışında, diğer sermaye türlerine de sahip olan akademisyenlerin, yaptıkları her işin, elde ettikleri her başarının takdir edilmemesi, sürekli başarının kaynağı olarak ekonomik, sosyal, kültürel veya doğal sermayelerinin gösterilmesi gibi bir dezavantajları da ortaya çıkabilmektedir. Bunun yanında söz sermaye türlerine sahip bireyler, toplumsal statü, saygınlık ve ekonomik refah adına birçok kazanımı hazır olarak önlerinde bulduklarından, mesleki başarıya motive olmakta zorlanabilmektedirler.<sup>26</sup>

Örneğin sosyal sermayesi iyi olan bir ceza hukukçusu, “onun amcası zaten Yargıtay Ceza Dairesi başkanı”, “onun babası da zaten hocaydı”, “rektörün yeğeni olursan açılmayan kapı kalmaz” şeklinde eleştirilere muhatap olacak, ortaya koyduğu eserlerdeki veya akademik ilerlemedeki

---

<sup>26</sup> İnsan toplumda dikkate alınıp saygı görmek ister ve ancak bu gerçekleştiğinde kendisini değerli hisseder. Bu açıdan bakıldığında insanlık tarihini, insanın birey olarak veya topluluk olarak yeryüzünde kimliğini diğerlerine karşı ispat ve kabul ettirme çabasının oluşturduğu söylenebilir. Shakespeare'nin “olmak ya da olmamak... işte bütün mesele bu” sözü de bunu en iyi vurgulayan edebi söz olsa gerektir. Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.20; “İnsanlar ancak bir başkası tarafından dinlenirlerken kendilerini bulur ve kim olduklarını anlarlar.” Doğan CÜCELOĞLU, **Keşkesiz Bir Yaşam İçin İletişim**, Remzi Kitabevi, İstanbul 2002, s. 137; Bu çalışmada bahsettiğimiz sermaye türlerine sahip olan birisinin, toplumda bir yer edinmesi ve dikkate alınması için çoğu kez mesleki başarıya ihtiyacı olmadığından, bu amaca odaklanması ve motivasyon sağlaması gerçekten zordur.

başarısı sürekli olarak sermayesine atfedilecek, takdir edilmeyecektir. Yine aynı şekilde ekonomik sermaye sahipleri “o kadar para kimde olsa, en az bu kadar başarılı olurdu”; doğal sermaye sahipleri ise “adam yakışıklı, televizyondan inmiyor” şeklinde eleştirilerle karşılaşacaklardır.

Gerçekten bilimsel nitelik dışındaki sermaye birikimlerinin de başarıda çok önemli bir rol oynadığı gerçektir. Ancak bu eleştirileri getirenler unutmamalıdır ki; söz konusu sermayeye türlerine sahip herkes de başarılı olamamaktadır. Bunun için bireyin de motivasyon ve gayret sahibi olması gerekir. Ayrıca bu sermaye türlerine sahip olmayan kaç kişi, bu imkanlar kendisine sunulmuş olsaydı “bunu kullanamam, bu beni diğerlerine nazaran avantajlı konuma getiriyor” diye o sermaye türünü kullanmaktan imtina ederdi. Bu bağlamda bireyi takdir ederken onun yaptıklarına ve ürettiklerine bakmalıdır. Eğer gerçekten elindeki imkanları iyi kullanarak ortaya iyi ürünler koyabilen bir kimseden söz ediyorsak; takdiri sonuna kadar hak etmiştir.

Son olarak ekonomik, sosyal, kültürel ve doğal sermaye türlerinin tamamına veya geneline sahip olan kimselerin, mesleki başarıya odaklanmaktaki motivasyon eksiklikleri de onlar açısından bir dezavantaj oluşturabilecektir. Nitekim rahat yaşam adına fazlasıyla imkanlara sahip olan kimselerin mesleki başarıya odaklanıp motivasyon sağlayabilmeleri için daha fazla gayret göstermeleri gerekir. Çünkü toplumsal bir statü edinebilmek veya rahat bir hayat geçirebilmek için mesleki başarıya çok da ihtiyaçları yoktur.

## KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin-Ali Rıza ÇINAR, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler,” **Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayını**, Ankara 2004
- BOZKURT, Veysel. **Değişen Dünyada Sosyoloji**, Ekin Yayınları, Bursa 2007
- CÜCELOĞLU, Doğan. **Keşkesiz Bir Yaşam İçin İletişim**, Remzi Kitabevi, İstanbul 2002
- FIELD, John. **Social Capital**, Routledge Yayını, Britanya 2003
- FOUCAULT, Michel. **İktidarın Gözü**, (Çev. Işık Ergüden), Ayrıntı Yayınevi, İstanbul 2003
- GÖKER, Emrah. “Ekonomik İndirgemeci mi Dediniz”, **Ocak ve Zanaat-Pierre Bourdieu Derlemesi**, İletişim Yayınları, İstanbul 2007
- GÜZELAY, Gaye. “Güzellik Kariyerde Avantaj,” (3 Şubat 2008 tarihli **Hürriyet Gazetesi** Makalesi, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/8157785.asp>  
<http://arama.hurriyet.com.tr/arsivnews.aspx?id=4351322>  
<http://www.ntvmsnbc.com/id/25471838/>
- KARAGÜL, Mehmet. **Sosyal Sermaye**, Nobel Yayınları, Ankara 2012
- MARX, Karl. “Komünist Manifesto”, in: **Siyasal Düşünce**, Derleyen: Michael Rosen-Jonathan Wolff, (Çev: Sevda Çalışkan-Hamit Çalışkan), Dost Yayınevi, Ankara 2006
- MİSCİ KİP, Sema. **Kültürel Sermaye ve Televizyon İzleme Alışkanlıkları**, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Halkla İlişkiler ve Tanıtım Anabilim Dalı Doktora Tezi, (Danışman: Prof.Dr. Demet Gürüz) İzmir 2010
- OLERON, Pierre. **Zeka**, (Çev. Ela Güngören) Cep Üniversitesi Serisi, İletişim Yayınları, İstanbul 1995
- ORWELL, George. **Hayvan Çiftliği**, (Çev: İbrahim Akkuş) İlya Yayınevi, İzmir 2003
- ÖZEKES, Muhammet. **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003
- ÖZSÖZ, Cihat. “Ünite 1: Pratik, Kültür, Sermaye, Habitus ve Alan Teorileriyle Pierre Bourdieu Sosyolojisi,” **Sosyolojide Yakın Dönem Gelişmeler**, (Ed: Serap Suğur, Aylin Görgün Baran) Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2013

POPPER, Karl. **Özgürlüğün En Büyük Düşmanı Eşitlik-Yüzyılın Dersi**, Plato Yayınları, İstanbul 2006

WACQUANT, Loic. “Pierre Bourdieu: Hayatı, Eserleri ve Entelektüel Gelişimi”, **Ocak ve Zanaat-Pierre Bourdieu Derlemesi**, İletişim Yayınları, İstanbul 2007

WAITLEY, Denis. **Kazanmanın Yeni Dinamiği**, (Çev. Belkıs Çorakçı) İnkilap Yayınevi, İstanbul 1993

YAYLALI, Muammer. **Türkiye’de Akademisyenlerin Özlük Haklarının Mevcut Durumu ve Özlük Haklarının İyileştirilmesi Raporu**, <http://www.yok.gov.tr/web/guest/ozluk-haklari>





**HAKEMLİ**

## **OLASI KASIT ve SUÇA TEŞEBBÜS**

*Sadece meslek yaşamıma kattıkları için değil, tüm yaşamıma tuttuğu ışık, verdiği emek, duyduğu sınırsız şefkat için müteşekkir olduğum Sevgili Hocam Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'ya saygıyla.*

**Tuğrul KATOĞLU\***

*“Le dottrine debbono cominciare da quando cominciano le materie che trattano.”\*\**

*Giambattista Vico, “La scienza nuova”*

### **GİRİŞ**

*“Öğreteler, ele aldıkları konuların başlangıcından başlamalıdır”* cümlesini, ilkin Edward Said’in Başlangıçlar adlı kitabının başında okumuştum. Bu cümle, İtalyan düşünür Vico’nun “La scienza nuova - Yeni Bilim” adlı eserinden alınmıştır.

Vico, Yeni Bilim adlı eserinde, bu ilkenin kendi özel çalışma konusu (*insanların doğal hukukunun ve insan aklının anlaşılabilmesi*) dışında kalan konuların da ele alınışı bakımından yararlanması gereken evrensel bir kural-yöntem olduğunu belirtir<sup>1</sup>. Bir kuramsal inceleme yapılır, ilgili sorun üzerinde kuramsal tartışmalar yürütülürken, kurama yaşam veren, onun ebesi olan konu ya da sorunun başlangıcı, yani kendisi unutulduğunda çok tuhaf sonuçlara varılması gerçekten kaçınılmaz.

Olası kasit ve suça teşebbüsün bağdaşıp bağdaşmayacağı, teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından olası kasit kurumunun uygulanmasının mümkün olup olmadığı kuramsal tartışmasının da, olası kasit kavramının, ilgili olduğu sorun ya da konudan bağımsız olarak yürütülmesi mümkün değil.

---

\* Doç. Dr. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi. katoglu@bilkent.edu.tr.

\*\* “Öğreteler, ele aldıkları konuların başlangıcından başlamalıdır”. Giambattista Vico, **La scienza nuova** (Yeni Bilim), Edizione di riferimento: Principj di scienza nuova d’intorno alla comune natura delle nazioni... Corretta, Schiarita, e notabilmente Accresciuta in Opere a cura di Paolo Rossi, Rizzoli, Milano, 1959, s. 124. <http://www.letteraturaitaliana.net>.

<sup>1</sup> La scienza nuova, s. 124.

Hangi sorunlar, olası kastın ceza hukukunda yer bulmasına yol açmıştır? Bu sorunun yanıtlanması, diğer kuramsal tartışmanın sağlıklı biçimde yürütülmesi için zorunlu görünüyor.

Bu çalışmada olası kasıtle suça teşebbüs edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunun yanıtı aranırken, olası kasıt kurumunun işlevi, anlamı ve kapsamı üzerinde durulmuş, suça teşebbüse ve teşebbüs kastına ilişkin farklı anlayışlar ele alınarak bir sonuca ulaşılması amaçlanmıştır.

Suçta teşebbüsün manevi unsuru sadece kasıt ile gerçekleşebilir<sup>2</sup>. Nitekim, TCK'nun 35. maddesinde "işlenmesi kastedilen suç"tan bahsedilmektedir. Yine suça teşebbüs ile taksir arasında öze ilişkin bir bağdaşmazlık bulunduğundan, suça teşebbüsün manevi unsurunun taksirle vücut bulması mümkün değildir<sup>3</sup>. Ancak doğrudan kastın yanı sıra olası kasıt ile suça teşebbüs edilip edilemeyeceği sorununa ilişkin bir görüş birliği bulunmadığını belirtmek gerekmektedir. Sorunun çözülebilmesi bakımından öncelikle olası kasıt kavramının sınırlarının belirlenmesi ve özellikle böyle bir kavrama başvurulmasının nedenleri üzerinde durulması zorunludur.

## 1. Olası Kasıt (Dolus Eventualis): Kavram ve İşlevi

### A. Genel Olarak Doğrudan Kasıt – Olası (Dolaylı) Kasıt Ayrımı

Olası kasıt kavramının geliştirilmesinin ardında kişilerin davranışlarıyla iradelerinin doğrudan doğruya yöneldiği sonuçlar dışında kalan başka bazı dış dünya değişikliklerine yol açabilmeleri olasılığı yatmaktadır<sup>4</sup>.

Failin gerçekleşmesini amaçladığı sonuçlara ilişkin kasıt, doğrudan kasıt olarak adlandırılır<sup>5</sup>. Yani, failin, iradesinin belli bir sonuca doğrudan yöneldiği, öngördüğü sonucu gerçekleştirmeye yönelik irade ile hareket ettiği durumlarda doğrudan kasıt vardır<sup>6</sup>. "Sonuç, failin istediği sınırlar içinde kalmış"tır<sup>7</sup>. Kasıt deyimini tek başına kullanıldığında genellikle anlaşılan kastın bu türüdür<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Sauro Tassi, **Il Dolo**, Padova, CEDAM, 1992, s. 107.

<sup>3</sup> Toroslu, **Ceza Hukuku**, 18. B., Ankara, Savaş yayınevi, 2012, s. 285.

<sup>4</sup> Bu sonuçlar yönünden failin iradesinin belirlenmesi tartışmaları için ayrıca bkz. Luciano Pettoello Mantovani, **Il concetto ontologico del reato**, Milano, Giuffrè, 1954, s. 201 vd..

<sup>5</sup> Toroslu, s. 206.

<sup>6</sup> Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 7. B., İstanbul, Beta, 2011, s. 388.

<sup>7</sup> Toroslu, s. 206.

<sup>8</sup> Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 2. B., İstanbul, Beta, 2011, s. 215.

Bilindiği gibi kastın iki unsuru vardır; bilme ve isteme. Bilme, failin kanunda öngörülen unsurlarını kapsamalıdır. Fiil bilinmelidir ki istenebilsin. Bu durumda, bilme ve isteme nedensel bir ilişki içindedir. Ancak bu değerlendirme, failin sonuca, muhakkak, muhtemel ya da mümkün gözüyle bakmasına engel değildir. Failin, iradesinin belli bir kesinlikle yöneldiği sonuçlar bakımından doğrudan kasıt söz konusu olmaktadır. Davranışın zorunlu sonucu olduğunda herhangi bir kuşku bulunmayan, muhakkak gözüyle değerlendirilecek sonuçlar da bu kapsamdadır<sup>9</sup>. Davranışın zorunlu sonucu olan, ancak fail tarafından gerçekleşmesi amaçlanmayan, failin istediği sınırlar dışında kalan sonuçlar bakımından ikinci derece doğrudan kasıt adını kullanıldığı da görülmektedir. Özellikle Alman ceza hukuku öğretisinden yararlanan yazarların benimseyebildiği bu ayrıma göre, failin iradesinin doğrudan yöneldiği sonuç bakımından birinci dereceden doğrudan kasıt, failin iradesi doğrudan yönelmemekle birlikte, davranışının zorunlu sonucu olan, gerçekleşmesine muhakkak gözüyle bakılan sonuçlar açısından ise ikinci dereceden doğrudan kasıt deyimleri kullanılmaktadır<sup>10</sup>. Bu ayırım benimsensin ya da benimsenmesin, fail tarafından açıkça istenmemiş olan dış dünya değişikliği, davranışın zorunlu sonucu olması nedeniyle doğrudan kasıt kapsamında değerlendirilecektir.

Buna karşılık, failin davranışından kaynaklanmakla birlikte, gerçekleşmesi muhtemel ya da mümkün olarak değerlendirilen sonuçlar bakımından olası kasıt söz konusudur<sup>11</sup>. Olası kasıt için, “gayrimuayyen kasıt”, “belirli olmayan kasıt”, “muhtemel kasıt”, “dolaylı kasıt”, “olursa olsun kastı” adları da kullanılmıştır<sup>12</sup>.

Failin iradesinin doğrudan yönelmediği, ancak davranışından kaynaklanması muhtemel sonuçlar bakımından olası kasıt söz konusu olmaktadır. Zira, sonucun gerçekleşmesi öngörülebilir, tahmin edilebilir

---

<sup>9</sup> Vincenzo d’Ascola, “*Il dolo del tentativo: considerazioni sul rapporto tra fattispecie oggettiva e fattispecie soggettiva*”, **Rivista italiana di diritto e di procedura penale**, 1979, s. 687.

<sup>10</sup> Hakan Karakehya, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2010, s. 87 vd.. Aynı kasıt türü için “ikinci dereceden kast” deyimini kullanan yazarlar arasında bkz. Zafer, s. 215. Yazar, failin iradesinin doğrudan yönelmediği ancak davranışın zorunlu sonucu olan dış dünya değişikliklerini faile psikik olarak bağlayan kasıt türü için ikinci dereceden kasıt deyimini tercih etmiştir. Yazar, iradenin doğrudan farklı sonuçlara yönelmemiş olması nedeniyle ortaya çıkan ikinci “dereceden kastın”, TCK’nun 61. maddesinin ilk fıkrasının (f) bendi uyarınca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği kanısındadır.

<sup>11</sup> Toroslu, s. 206.

<sup>12</sup> Bkz. Centel, Zafer, Çakmut; s. 388, 389.

olmakla birlikte fail davranışını gerçekleştirmiş, bu sonuçları göze almış, kayıtsız kalmıştır<sup>13</sup>.

Aynı değerlendirme, failin, kendi davranışının doğal sonucu olmakla birlikte gerçekleşmesine mümkün gözüyle bakılan sonuçlar açısından da yapılmaktadır. Muhtemel sonuçlara göre gerçekleşme olasılığı az olan sonuçlar bakımından, failin bu sonuçlara engel olabileceği inancıyla hareket edip etmediği dikkate alınacak, kayıtsız kaldığı sonuçlar da olası kasıt ile faile bağlanacak, fail tarafından istenmiş sayılacaktır<sup>14</sup>. Eğer fail, gerçekleşmesine mümkün gözüyle bakılan bu sonuçlara engel olabileceği inancıyla davranmışsa ve buna karşın bu sonuçlar gerçekleşmişse, bilinçli taksir söz konusu olacaktır.

Bu yönüyle olası kastın bilinçli taksir ile sınırını belirlemek sorumluluğun türünü belirlemek açısından son derece önemlidir. Bilinçli taksirden farklı olarak, olası kasıta, failin iradesi doğrudan yönelmemekle birlikte gerçekleşme olasılığı yoğun olan sonuçlar bakımından “gerçekleşirse gerçekleşsin” denmektedir. Eğer failin iradesi, objektif olarak muhtemel sayılan sonuçlara da doğrudan yönelmişse, bu sonuçlar bakımından da zaten olası kasıt değil, doğrudan kasıt vardır<sup>15</sup>.

Bu çerçevede, TCK'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde yapılan olası kasıt tanımı eksik ve tehlikeli bir tanımdır. Fıkra'da, “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır*” tanımına yer verilmiştir. Söz konusu tanım, failin iradesinin doğrudan yönelmediği, ancak davranışından kaynaklanması mümkün olan ve engel olabileceği inancıyla gerçekleştirdiği davranışın yol açtığı sonuçları da olası kastın yani kasıtlı sorumluluğun kapsamına sokma tehlikesini barındırmaktadır. Yani bu tanım, olası kasıt ile bilinçli taksir arasındaki sınırı görmezden gelmektedir. Bu yönüyle tanım hükmünün tamamlanmaya ihtiyacı vardır.

Öte yandan, TCK'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde öngörülen ve olası kastın varlığı halinde, “*ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar*

---

<sup>13</sup> Toroslu, s. 202; Centel, Zafer, Çakmut; s. 388. Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. B., Ankara, seçkin Yayınevi, 2006, s. 349, 350. Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. B., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009, s. 186. Olası kastın, sadece insan öldürme suçları ile ilgili olduğu tartışması için ayrıca bkz. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 311, 312.

<sup>14</sup> Toroslu, s. 206.

<sup>15</sup> d'Ascola, s. 688 ve s. 690.

*hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçten birden yarısına kadar indirilir” hükmü, failin kötülüğü açısından doğrudan kasıt ile olası kasıt arasında bir farkı bulunmaması gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>16</sup>.*

## **B. Olası (Dolaylı) Kasıt Kurumunun İşlevi**

Hemen yukarıda değinildiği üzere, olası kasıt kurumundan, failin iradesinin doğrudan yönelmediği ancak davranışı bakımından gerçekleşme olasılığı bulunan sonuçların istenip istenmediğinin belirlenmesi sorununun çözümü için yararlanılır. Failin iradesinin doğrudan yöneldiği sonuç dışında kalan ancak gerçekleşmesi olasılığının göze alındığı sonuçlar söz konusu olabilir<sup>17</sup>.

İnsan davranışlarının çoğu kez tek bir sonuca yol açmadığı bilinen bir gerçektir. Ceza hukukunu, ceza sorumluluğuna yol açan sonuçlar yani dış dünya değişiklikleri ilgilendirir. Bazen failin davranışı, iradesinin doğrudan yöneldiği sonuçtan farklı başka sonuçlara da yol açabilir. Böyle bir durumda sorun, bu farklı sonuçlar bakımından kastın isteme unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemektir<sup>18</sup>.

Ancak bu sorunun ortaya çıkması ve buna bağlı olarak olası kastın mevcudiyetine ilişkin bir tartışmanın başlaması için öncelikle failin iradesinin doğrudan yönelmediği, ancak aynı davranışından kaynaklanan bir ya da daha fazla farklı sonucun gerçekleşmiş olması gerekir. Bu tür farklı sonuçların gerçekleşmediği olaylarda olası kasıt tartışmasına da gerek yoktur. Yani olası kasıt, ancak failin iradesinin doğrudan yöneldiği sonuçlar dışında kalan sonuçların ortaya çıktığı durum ya da olgularda kullanılabilir, yararlanılabilecek bir kurum ya da hukuksal aygıttır. Bu tür sonuçların gerçekleşmediği durumlarda, olası kasıt tartışmasının da bir anlamı yoktur. Yani sonuçtan hareketle yapılan bir tartışma söz konusudur.

İşte olası kastın, suça teşebbüs ile bağdaşıp bağdaşmayacağı tartışması da, aslında başlangıcını, olası kasta duyulan ihtiyacın ne olduğu sorusundan almalıdır. **“Olası kasta niçin gerek duyulur?”**. Olası kasta, **“failin iradesinin doğrudan yöneldiği sonuçlar dışında kalan bazı sonuçların gerçekleşmesi halinde, bunların da kastın isteme unsuru içinde sayılıp sayılmayacaklarını belirlemek için gerek duyulur”**.

O halde, olası kastın, suça teşebbüs ile bağdaşıp bağdaşmayacağı sorunu, bu başlangıç noktasından bağımsız olarak tartışılmaz.

<sup>16</sup> Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. B., Ankara, US-A Yayıncılık, 2010, s. 283, 284. Aynı yönde Demirbaş, s. 350.

<sup>17</sup> d’Ascola, s. 687.

<sup>18</sup> Toroslu, s. 200 vd..

## 2. Olası Kastın Suç Teşebbüs ile Bağdaşıp Bağdaşmayacağı Sorunu

Öğretide, olası kasıt ile suça teşebbüsün bağdaşıp bağdaşmayacağı sorununa ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Olası kastın suça teşebbüs ile bağdaşıp bağdaşmayacağına ilişkin görüşler esasen suça teşebbüsün tanımında yer alan unsurlar, teşebbüs tanımının, temel ceza normundaki tanımdan bağımsız olup olmadığı ve özellikle teşebbüs kastının içeriğine ilişkin farklı değerlendirmelere dayandırılmıştır<sup>19</sup>. Aşağıda bu farklı görüşler ve eleştirilerine yer verilmiştir.

### A. Olası Kasıt ile Suça Teşebbüsün Bağdaşacağını Kabul Eden Görüşler

Ceza hukuku öğretisinde, suça teşebbüse ilişkin kanuni tanımın ve özellikle teşebbüs kastının, tamamlanmış suçtaki kasıttan içerik yönünden farklı olmadığı düşüncesinden hareketle olası kasıt ile suça teşebbüsün bağdaşabileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır<sup>20</sup>.

Olası kastın suça teşebbüs ile bağdaşabileceğini, bu kasıt türünün, suça teşebbüsün manevi unsurunu oluşturabileceğini kabul edenlerin önemli bir kısmı, düşüncelerini, teşebbüs kastı ile tamamlanmış suça ilişkin kastın kapsam bakımından aynı olduğunu savunan görüşe dayandırmaktadırlar<sup>21</sup>. Buna göre, ceza kanunlarında özel hükümlerle öngörülen suça teşebbüse ilişkin tanımlarda, teşebbüs kastının konusu değil cezalandırılabilir teşebbüsün sınırları belirlenmektedir. Bu nedenle, tamamlanmış suçtaki kasta ilişkin değerlendirmeler teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından da geçerlidir<sup>22</sup>. Teşebbüs kastı ile tamamlanmış suça ilişkin kastın özdeş olduğu anlayışını kabul edenler, suça teşebbüsün manevi unsurunun tüm kasıt türleriyle gerçekleştirilebileceğini de kabul etmektedirler<sup>23</sup>.

Suçta teşebbüs ile olası kastın bağdaşabileceğini kabul eden bazı yazarlar, aksi yöndeki anlayışı, sonradan ve geçmişe yönelik-*ex post* bir

<sup>19</sup> Tassi, s. 107 vd., Pervin Aksoy İpekçioğlu, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Ankara, Seçkin, 2009, s. 168 vd..

<sup>20</sup> Tassi, s. 107, 108.

<sup>21</sup> Tassi, s. 108. Bu yaklaşımın, İtalyan Temyiz Mahkemesi içtihadına etkisi bakımından ayrıca bkz. Gionannangelo De Francesco, “*Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*”, **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1988, s. 963 vd.. Bkz. Ferrando Mantovani, **Diritto penale**, 3. Ed., Padova, CEDAM, 1992, s. 438.

<sup>22</sup> Tassi, s. 108. Bkz. Sergio Beltrani, **Il delitto tentato**, Padova, CEDAM, 2003, s. 58, 59.

<sup>23</sup> Bkz. Massimo Filiè, “*Delitto tentato e dolo eventuale*”, **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1983, s. 745. Bu doğrultuda bkz. Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı, 1994, s. 162 vd.. Türk öğretisinde bu konuda en ayrıntılı bilgileri aktarması bakımından ayrıca bkz. Aksoy İpekçioğlu, s. 168 vd.. Bkz. Mantovani, s. 439, 440.

değerlendirme yaparak, failin, fiilin icrasına başladığı zaman mevcut olan kastı yok saymakla eleştirmektedirler. Buna göre, fiilin tamamlanamaması, sonucun gerçekleşmemesinden hareketle olası kastın da mevcut olmayacağı biçimindeki *ex post* değerlendirme, aslında failde mevcut bulunan kastı, sonradan yok saymakta ya da dikkate almamaktadır<sup>24</sup>.

Öğretide suça teşebbüse ilişkin manevi unsurun ancak kasıtle oluşabileceğini öngören ceza kanunu hükümlerinin sadece taksirli suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı yönünde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre, teşebbüs bakımından da kastın yokluğunun cezayı kaldıracığını öngören hükümler nasıl tüm kasıt türlerini kapsıyor ise, teşebbüs kastı da tüm kasıt türlerini kapsamalıdır<sup>25</sup>. Yani madem ki ceza kanunlarının, suçun varlığı için aradığı kasıt, olası kastı da kapsamaktadır, o halde teşebbüs kastı da olası kastı kapsamaktadır.

## **B. Olası Kasıt ile Suça Teşebbüsün Bağdaşabileceğini Kabul Etmeyen Görüşler**

Olası kasıt ile suça teşebbüsün bağdaşmayacağı yönündeki anlayışın suça teşebbüse ilişkin kanuni tanım ile teşebbüs kastının özelliklerine dayandırıldığı çalışmaların yanı sıra, bu görüşün gerekçesi olarak failin iradesinin doğrudan yönelmediği zararlı sonucun gerçekleşip gerçekleşmediğini dikkate alanlar da bulunmaktadır.

### **a. Suça Teşebbüse İlişkin Kanuni Tanım ve Teşebbüs Kastının Kapsamından Hareket Eden Görüşler**

Olası kasıt ile suça teşebbüsün bağdaşmayacağı yönündeki görüşlerin temelinde yatan değerlendirmelerden biri, suça teşebbüsün tanımına ve teşebbüsün maddi unsuruna ilişkindir<sup>26</sup>. Buna göre, suça teşebbüsün sınırlarını belirleyen norm, tamamlanmış suça ilişkin asıl ceza normunda öngörülen suç tanımından bağımsız bir tanıma vücut vermektedir. Mademki genişletici etki doğuran suça teşebbüse ilişkin norm, asıl ceza normundan bağımsızdır, o halde buna ilişkin kastın da sadece teşebbüse ilişkin normun unsurlarını kapsamaması gerekir<sup>27</sup>. Yani tamamlanmış suça ilişkin kastın içeriğine göre sınırlı ve sadece teşebbüsün kurucu unsurlarını içeren bir teşebbüs kastı söz konusudur<sup>28</sup>. Bu çerçevede, teşebbüs aşamasında kalan

<sup>24</sup> Bu görüş için bkz. d'Ascola, s. 688.

<sup>25</sup> Sözüer, s. 165.

<sup>26</sup> d'Ascola, s. 682, 683.

<sup>27</sup> Filiè, s. 748; Tassi, s. 108. Teşebbüs tanımı bakımından Haluk Toroslu, "Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme", **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, C. 2. Ankara, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2009, s. 1173 vd..

<sup>28</sup> Tassi, s. 108.

suçun maddi unsurunun belirlenmesinin ardından manevi unsur konusu değerlendirilmelidir<sup>29</sup>.

Bu görüşe göre, teşebbüs kastı ile tamamlanmış suça ilişkin kastın özdeş olduğunu savunanların dayandığı başlıca gerekçelerden biri suça teşebbüsü, suça etki eden nedenler arasında bir hafifletici neden saymalarıdır. Halbuki suçun arızı unsurları, suçun genel ve özel kurucu unsurlarına göre bir fazlalığı ifade eder ve bu suretle fiilin sosyal değerinden hareketle basit biçiminden ağır ya da hafif bir ceza verilmesi sonucunu doğurur. Halbuki suça teşebbüs söz konusu olduğunda, temel suç tamamlanmamıştır dahi<sup>30</sup>.

Bu çerçevede, teşebbüsün, suçun kurucu unsurlarına göre bir fazlalık teşkil etmemesi, suça teşebbüsün, suça etki eden neden olarak kabul edilmemesi görüşüne iştirak edenler, teşebbüse ilişkin kanuni tanımın, bağımsız ya da özerk bir tanım olduğunu kabul etmişlerdir<sup>31</sup>.

Bilindiği gibi, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kabul edildiği hukuk düzenlerinde, teşebbüs aşamasında kalmış fiillerin cezalandırılabilmesi bakımından, teşebbüse ilişkin normların kabulü bir zorunluluktur. Aksi takdirde, asıl ceza normunda öngörülen unsurları tamamıyla içermeyen fiillerin tipik olmadığı sonucuna varılacak ve ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>32</sup>. Suça teşebbüsün bir hafifletici neden olmadığı, teşebbüse ilişkin kanuni tanımın bağımsız bir tanım olduğu yönündeki görüşün savunucularına göre, suça teşebbüse ilişkin norm, özel kısımdaki asıl ceza normları bakımından çarpan etkisi göstermekte, bunların etkisini artırmaktadır<sup>33</sup>. Teşebbüse ilişkin norm, asıl ceza normunu bu açıdan bütünlemektedir. Teşebbüse ilişkin norm sayesinde, cezaen dikkate alınan varlık ya da menfaatler bakımından koruma suç yolu bakımından daha erken bir aşamaya alınmaktadır. Yani tamamlanmış suçun tanımına oranla, hukuki varlık ya da menfaatler bakımından cezai korumanın sınırı, bunların sadece tehlikeye sokulduğu bazı hallere doğru geri çekilmektedir. İşte suça teşebbüse ilişkin normun bütünleyici etkisinden sadece bu durumda bahsedilebilir. Bunun dışında, teşebbüs tanımının, tamamlanmış suçun unsurlarının öngörüldüğü temel ceza normundan bağımsız bir tanım oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede, suça teşebbüse ilişkin tanım, hem teşebbüse ilişkin kanun hükümlerinden hem de temel ceza normundan bağımsız bir kanuni tanımdır. Tamamlanmış suç ne kadar tipikse, teşebbüs

---

<sup>29</sup> d'Ascola, s. 684.

<sup>30</sup> d'Ascola, s. 683.

<sup>31</sup> d'Ascola, s. 683.

<sup>32</sup> Toroslu, s. 285.

<sup>33</sup> d'Ascola, s. 683.



aşamasında kalmış suç da bundan bağımsız olarak o kadar tipiktir. Suç ve cezalarda kanunilik ve fiil ceza hukuku anlayışının egemen olduğu bir ceza hukuku düzeninde varılabilecek en doğru sonuç budur<sup>34</sup>. Aleyhe kıyas yasağı ihlal edilmeden, olası kasıtlı suça teşebbüsün gerçekleşebileceğini kabul etmek mümkün değildir<sup>35</sup>. Kastın ya da manevi unsurun kapsamı ve türü de bu anlayışa göre belirlenmelidir.

Öte yandan bazı suçlara ilişkin kanuni tanımların, olası kastın gerçekleşmesi olasılığını peşinen bertaraf ettiğini, bu suçlar ile, tanımlarında öngörülen unsurlar dolayısıyla olası kastın zaten bağdaşamayacağını savunanlar da vardır. Yani bırakın teşebbüs aşamasında kalmış suçları, tamamlanmış bazı suçlar bakımından olası kastın bizzat kanunkoyucu tarafından ve kategorik olarak bertaraf edildiği ileri sürülmüştür. Bu anlayışa örnek olarak, iftira suçu verilmiştir. Buna göre, iftira suçu ile olası kastın bağdaşması olanaksızdır, zira failin, mağdurun herhangi bir suç işlemediği bilinciyle hareket etme zorunluluğu, fiilin olası kasıtlı işlenmesini olanaksız kılmaktadır. Dolayısıyla, bir suç fiilinin olası kasıtlı işlenip işlenemeyeceği, bu fiilin özelliklerine, unsurlarına, kısacası fiile ilişkin tanımın yapısına bağlıdır<sup>36</sup>.

Yukarıda, olası kastın suça teşebbüs ile bağdaşacağını savunan bazı yazarların, aksi yöndeki anlayışın taraftarlarını, sonucun gerçekleşmemesinden hareketle olası kastın da mevcut olmayacağı biçiminde *ex post* bir değerlendirme yapmak ve aslında failde mevcut bulunan kastı, sonradan yok saymakla itham ettikleri aktarılmıştır.

Bu yöndeki eleştirilerin de yanıtlanması mümkündür. Bu yöndeki eleştirilerin sahipleri, kastın konusunu, yani fiilin unsurlarını göz ardı etmektedirler. Eğer teşebbüs aşamasında kalmış fiilin başlıca unsurları elverişli hareketlerin icrasına başlanmış olması ise, kastın içeriğinin de buna göre belirlenmesi gerekir. Yani olası kasıt ile teşebbüsün bağdaşamayacağını savunanlar, başlangıçta var olan kastı yok saymamaktadır. Sorun, icra hareketleri başladığında varlığından bahsedilebilecek olası kastın, iradi davranışın doğrudan yöneldiği sonuç dışında kalan ve gerçekleşmesi olasılığı bulunup da somut olarak gerçekleşmemiş sonuçlar ile bağdaşıp bağdaşmayacağıdır<sup>37</sup>.

Öte yandan, ceza kanunlarında kabul edilen ve kastın yokluğu halinde ceza verilmemesini öngören hükümlerin kastın tüm türlerini içerdiği, bu

---

<sup>34</sup> d'Ascola, s. 683. Bkz. Aksoy İpekçioğlu, s. 172.

<sup>35</sup> Bkz. Beltrani, s. 59; Toroslu, s. 285.

<sup>36</sup> d'Ascola, s. 686, 687.

<sup>37</sup> d'Ascola, s. 688.

nedenle teşebbüs kastının da kastın her türünü kapsadığı biçimindeki değerlendirmenin de kabulü mümkün değildir. Kasta ilişkin bir genel hükümden hareketle, özellik arz eden teşebbüs kastının içeriğini belirlemek sorunludur. Söz konusu yaklaşım, kısa yoldan sonuca yönelmekte, suça teşebbüse ilişkin kanuni tanımın özerkliğini ve teşebbüsün manevi unsurunun bu tanıma göre belirlenmesi gereğini ihmal etmektedir.

Sonuç olarak, teşebbüs kastı, işlenmesi kastolunan suçun icrasına başlanmış olmasına ilişkin bilinç ve iradede<sup>38</sup> ibarettir. Bu nedenle, suça teşebbüs ile olası kastın bağdaşması mümkün değildir, zira suça teşebbüsteki kasıt ile tamamlanmış suça ilişkin kasıt içerik yönünden birbirinden farklıdır<sup>39</sup>.

Soruna yaklaşıırken, suça teşebbüsün maddi unsuru açısından aranan hareketlerin (davranışların) elverişliliği ve kuşkuya yer bırakmayacak biçimde suça yönelmesi özellikleri mutlaka dikkate alınmalıdır.

Hareketlerin (davranışların) elverişli olması koşulu ile olası kasıt arasında herhangi bir bağdaşmazlık bulunmamaktadır. Yani fail, elverişli hareketleri gerçekleştirirken, bu hareketlerden kaynaklanması muhtemel bazı sonuçların gerçekleşmesine rıza göstermiş ya da bu olasılığı kabullenmiş olabilir. Sonuç olarak, hareketlerin ya da üst bir kavram olarak failin davranışının elverişliliği ile olası kasıt arasında herhangi bir bağdaşmazlık bulunmamaktadır. Ancak, işlenmesi kastolunan suça, kuşkuya yer vermeyecek biçimde yönelmesi (TCK'nun 35. maddesindeki ifade ile, “doğrudan doğruya icraya baş(lanması)”) koşulu bakımından aynı sonuca varılamayacağı açıktır<sup>40</sup>.

Teşebbüsün cezalandırılabilmesi için failin suça doğrudan doğruya yöneldiğinin saptanması zorunludur. Yani failin, belli bir suçun icrasına başladığı ve bu suça ilişkin tanımda öngörülen sonuca yöneldiği her türlü kuşkudan uzak olmalıdır.

Failin iradesinin doğrudan yöneldiği davranışların doğrudan kasıt içinde değerlendirileceği açıktır. Bu durumda failin doğrudan yöneldiği davranışlar ya da doğrudan yöneldiği sonuçlar bakımından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Suça teşebbüs kavramı, failin davranışı ile sonuç arasında özel bir ilişkinin varlığına dayanmaktadır: Kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ya da doğrudan doğruya suça ya da suçun kurucu unsuru olan sonuca yönelmek<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Toroslu, s. 285.

<sup>39</sup> Tassi, s. 108; Filiè, s. 748-750.

<sup>40</sup> d'Ascola, s. 689. Değerlendirmeleri için ayrıca bkz. De Francesco, s. 969 vd.. Bkz. Aksoy İpekçioğlu, s. 171.

<sup>41</sup> d'Ascola, s. 689.

Nitekim, TCK'nun 35. maddesinde, teşebbüsün varlığı için, suçun icrasına doğrudan doğruya başlanmış olması aranmaktadır. Bu “doğrudan doğrualığın” olası kasıt ile bağdaştırılması mümkün değildir.

Bu anlamda, olası kasıt ile suça teşebbüsü bağdaştırılanlar, doğrudan doğruya suça yönelmiş olmayan davranışlarla da suça teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedirler.

Olası kasıt ile teşebbüsün bağdaştığı yönündeki görüşün kabulü hali halinde faili, davranışının muhtemel bütün sonuçları bakımından sorumlu tutmak, suç sayılan ve gerçekleşmesi muhtemel tüm sonuçlar bakımından cezalandırılabilir teşebbüsün varlığını kabul etmek gerekecektir; en hafifinden en ağıırına. Bu çerçevede, bireyin fizik varlığına yönelik birçok saldırı bakımından ölüm muhtemel bir sonuç olarak değerlendirilebilir. Yani kişiye karşı saldırıların muhtemel sonuçları arasında ölüm de vardır. Suça teşebbüsün, failin doğrudan yöneldiği sonuçlar dışında kalan sonuçları da kapsadığının kabulü halinde bireyin fizik varlığına yönelik bir davranışın, en hafifinden en ağıırına kadar muhtemel sonuçlarının tümü bakımından suça teşebbüsün ve buna bağlı olarak ceza sorumluluğunun gerçekleştiği sonucuna varılması kaçınılmazdır<sup>42</sup>. Yine bu anlayış benimsenecek olursa, “*tehlikeye koymanın tehlikeliliğini cezalandırmak*” söz konusu olacaktır<sup>43</sup>. “Bu tür bir değerlendirmenin, ceza sorumluluğunun kapsamını, temel hak ve özgürlükler aleyhine aşırı ve ölçsüz biçimde genişleteceği açıktır.

Sonuç olarak, teşebbüs kastı, genel kasıt teorisine göre özellik gösterir. Suça teşebbüs bakımından kastın tüm türlerine yer yoktur. Suça teşebbüsün manevi unsuru, ancak doğrudan kasıt ile gerçekleşebilir<sup>44</sup>. Cezalandırılabilir teşebbüsün, ancak icrasına doğrudan doğruya başlanmış suçlar bakımından söz konusu olması karşısında varılabilecek tek sonuç budur.

### **b. Zararlı Sonucun Mevcudiyetinden Hareket Eden Görüşler**

Olası kastın, suça teşebbüs ile bağdaşamamasının en temel nedeni, bu kasıt türünün, ancak failin iradesinin dolaylı sonucu olarak değerlendirilebilecek bir ya da daha fazla zararlı dış dünya değişikliğinin gerçekleştiği durumlara ilişkin olmasıdır. Yani failin iradesinin doğrudan yöneldiği sonuç dışında kalan ve yine fail tarafından gerçekleşmesine muhtemel ya da mümkün gözıyla bakılmakla birlikte kayıtsız kalınan sonuçlar bakımından olası kastın varlığı kabul edilir. Olayda bu tür sonuçlar ortaya çıkmamışsa, olası kasıt tartışmasının bir anlamı kalmayacaktır. Yani

<sup>42</sup> d'Ascola, s. 690.

<sup>43</sup> Aksoy İpekçioğlu, s. 171, 172.

<sup>44</sup> d'Ascola, s. 691; Toroslu, s. 285.

olası kasıt değerlendirmesi, ancak failin iradesinin doğrudan yöneldiği sonuç dışında kalan bazı sonuçlar gerçekleştiği takdirde yapılabilir. Yukarıda olası kastın işlevi bahsinde belirtildiği gibi, sonuçtan hareketle kastın belirlenmesi söz konusudur. Bu tür bir sonuç ya da sonuçlar gerçekleşmemişse, olası kastın mevcudiyeti de mümkün değildir. *“Daha açık bir ifadeyle, olası kastla hareket ederek belirli bir sonucun meydana gelebileceğini öngörmek ve her şeye rağmen vazgeçmeyerek bu sonucu da istemiş olmak konusunda faili, ancak sonuç gerçekleşirse sorumlu tutmak mümkün olur”*<sup>45</sup>.

Bu çerçevede, olası kastın, sonucun gerçekleşmesi ile belireceği (*dolus indeterminatus determinatur ab exitu*), sonucun gerçekleşmediği anlamına gelen suça teşebbüs halinde, olası kasıttan da bahsedilemeyeceği kabul edilmelidir<sup>46</sup>.

Durum bu iken, failin iradesinin doğrudan yönelmediği, gerçekleşmesi muhtemel ya da mümkün ve öngörülebilir olmakla birlikte gerçekleşmemiş sonuçlara bakımından olası kasta dayanarak cezalandırılabilir teşebbüsün kabul edilmesi halinde, sadece iradenin cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Yani, objektif ve sübjektif ceza hukuku anlayışları bakımından denge oluşturan cezalandırılabilir teşebbüs bakımından bu denge bozulmakta ve adeta failin iradesi daha doğrusu bizatihi kayıtsızlığı cezalandırılmaktadır. Failin davranışından kaynaklanması muhtemel ya da mümkün zararlı sonuçların gerçekleşmemiş olmasına karşın bunlar bakımından olası kasta dayanarak ceza sorumluluğunun kabulü, ceza hukuku ve ahlak arasındaki sınırı ortadan kaldırmakta, herhangi bir zararlı sonuca yol açmamış olan kayıtsızlık biçimindeki ruh hali, bizatihi cezalandırma nedeni teşkil etmektedir<sup>47</sup>.

### 3. Yüksek Mahkemelerin Kararlarında Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs

Öğretideki ayrışma, yabancı yargı kararlarına da yansımış görünmektedir. Suça teşebbüs ile olası kastın bağdaşıp bağdaşmayacağı konusunda İtalyan Temyiz Mahkemesi içtihadında birlik bulunmamaktadır<sup>48</sup>. Temyiz Mahkemesi'nin kimi kararlarında bu iki kurumun bağdaşabileceği, yani teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da olası kastın söz konusu olabileceği kabul edilirken diğer birçok kararda da tam aksi görüş

<sup>45</sup> Aksoy İpekçioğlu, s. 170.

<sup>46</sup> Sulhi Dönmezer, Sahir Erman; **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. I., 7. B., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1979, s. 476. Bkz. Aksoy İpekçioğlu, s. 170. Bkz. Centel, Zafer, Çakmut; s. 442. Bkz. Beltrani, s. 63 vd.. Bkz. Gürkan Özocak, **Türk Hukukunda Suça Teşebbüs**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, s. 87 vd..

<sup>47</sup> Bkz. De Francesco, s. 977 vd..

<sup>48</sup> Bkz. d'Ascola, s. 683; Tassi, s. 108.

benimsenmiş, olası kasıt ile suça teşebbüsün bağdaşmayacağı vurgulanmıştır<sup>49</sup>.

İki kurumun bağdaşacağı yönünde kimi kararları bulunan İtalyan Temyiz Mahkemesi Ceza Genel Kurulu'nun dayandığı değerlendirmelerden ilki, suça teşebbüse ilişkin tanımın, tamamlanmış suça ilişkin tanımdan bağımsız olmadığıdır. İkinci değerlendirme ise, kastın içeriğine ilişkin olup, teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda da failin kastının kapsamının, olası kastı da içerecek şekilde belirlenebileceği yönündedir. Bu çerçevede, failin yaralama kastıyla hareket ettiği ancak ölüm sonucunun gerçekleşmesinin de muhtemel bir sonuç olarak nitelendirilebileceği durumlarda mağdurun sadece yaralanmış olması halinde olası kasıtle öldürmeye teşebbüsten hüküm kurulması gerektiği yönünde kararlar bulunmaktadır. Bununla birlikte, birçok kararda sadece suça teşebbüs halinde de olası kastın mevcut olabileceği biçimindeki kısa bir gerekçenin ardından bu yönde karar verildiği belirtilmektedir. Pek çok başka kararda da sadece teşebbüs aşamasında kalmış suça ilişkin kasıt ile tamamlanmış suçtaki kasıt arasında bir fark bulunmadığı görüşüne yer verilerek olası kasıtle suça teşebbüsten hüküm kurulabileceği kabul edilmiştir<sup>50</sup>.

İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin, suça teşebbüs ile olası kastın bağdaşmayacağı yönünde kararları da bulunmaktadır. Suça teşebbüse ilişkin kanuni tanımın, bağımsız ya da özerk bir tanım olduğu görüşünün, olası kastın, teşebbüs kastını oluşturamayacağı yönündeki kararların altında yatan temel değerlendirme olduğu belirtilmiştir<sup>51</sup>.

Türk öğretisinde, Yargıtay'ın olası kasıt ile suça teşebbüsün bağdaşmadığı yönündeki görüşe yakın olduğu değerlendirmesi hakim görünmektedir. Farklı kararlar da bulunmakla birlikte, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun çeşitli kararlarında, olası kastın ancak sonuç ile belirlenebileceği kabul edilmiştir<sup>52</sup>. Bu çerçevede, mevcut Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra verilen bir kararda Genel Kurul, "*Rastgele yapılan bir ateş sonucu mermilerin araçtakilere isabetiyle, araçtakilerin ölmesi halinde, gayri muayyen (belirsiz) kast kuralları uyarınca, sanık meydana gelen sonuçtan yani öldürmeden sorumlu ise de, ölümün meydana gelmemesi halinde, öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulamaz, aksi kabul belirsiz kast (gayrimuayyen kast) durumunda kastın sınırlarını öngörülemez derecede genişletme sonucunu doğurur*" değerlendirmesini yapmıştır<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Tassi, s. 108.

<sup>50</sup> Tassi, s. 110, 111.

<sup>51</sup> d'Ascola, s. 683.

<sup>52</sup> Sözüer, s. 164; Centel, Zafer, Çakmut; s. 443.

<sup>53</sup> CGK., T. 27.12.2005, 1-131/167 künyeli karar için bkz Aksoy İpekçioğlu, s. 173, 174. Bu yöndeki kararlar için ayrıca bkz., Özocak, s. 89 vd..

## Sonuç

İnsan davranışlarının çoğu kez tek bir sonuca yol açmadığı, failin davranışının, iradesinin doğrudan yöneldiği sonuçtan farklı başka sonuçlara da yol açabildiği durumlarda, farklı sonuçlar bakımından kastın isteme unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği sorunun çözülmesi için başvuru olan olası kasıt kavramının, bu işlevinden bağımsız biçimde, teşebbüs kastının bir türü olup olmayacağı tartışılmıştır. Halbuki, olası kastın, suça teşebbüs ile bağdaşıp bağdaşmayacağı sorusunun, bu kasıt türünün işlevinden, varoluş nedeninden bağımsız olarak yanıtlanması mümkün değildir. Olası kastın, suça teşebbüs ile bağdaşıp bağdaşmayacağı tartışması da, aslında başlangıcını, olası kasta duyulan ihtiyacın ne olduğu sorusundan almalıdır.

Bu soru yanıtlanırken ayrıca, suça teşebbüse ilişkin kanuni tanımın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu tanım, hem suça teşebbüse ilişkin kanun hükümlerinden hem de temel ceza normundan bağımsız bir kanuni tanımdır. Tamamlanmış suç ne kadar tipikse, teşebbüs aşamasında kalmış suç da bundan bağımsız olarak o kadar tipiktir. Manevi unsur da bu tanıma göre belirlenecektir.

Failin iradesinin doğrudan yöneldiği sonuçların doğrudan kasıt içinde kabul edileceğinde kuşku yoktur. Bu durumda failin doğrudan yöneldiği sonuçlar bakımından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Suça teşebbüs bakımından failin iradesinin doğrudan doğruya suça, sonuca yönelmesi aranmaktadır. Nitekim, TCK'nun 35. maddesinde, teşebbüsün varlığı için, suçun icrasına doğrudan doğruya başlanmış olması aranmaktadır. Bu kural ile olası kastın bağdaştırılması mümkün değildir.

Olası kasıt ile teşebbüsün bağdaştığı yönündeki görüşün kabulü hali halinde faili, davranışının muhtemel bütün sonuçları bakımından sorumlu tutmak, suç sayılan ve gerçekleştirilmesi muhtemel, hafif ya da ağır tüm sonuçlar bakımından cezalandırılabilir teşebbüsün varlığını kabul etmek gerekecektir.

Nihayet başlangıç sorusuna dönülürse, olası kastın, suça teşebbüs ile bağdaşamamasının en temel nedeni, bu kasıt türünün, ancak failin iradesinin dolaylı sonucu olarak değerlendirilebilecek bir ya da daha fazla zararlı dış dünya değişikliğinin gerçekleştiği durumlara ilişkin olmasıdır. Olayda bu tür sonuçlar gerçekleşmemişse, olası kasıt tartışmasının bir anlamı kalmayacaktır. O halde, failin iradesinin doğrudan yönelmediği sonuçların gerçekleşmediği durumlarda, olası kastın mevcudiyetinin tartışılması bizatihi olası kasıt kurumunun varlık gerekçesine, doğasına aykırıdır. Olası kastın varlığına duyulan ihtiyacın ne olduğu sorusu yanıtlanmadan tartışmada doğru bir karar verilmesi mümkün değildir.

## **Kaynakça**

- Aksoy İpekçioğlu, Pervin: **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**. Ankara. Seçkin Yayınevi, 2009.
- Beltrani, Sergio: **Il delitto tentato**, Padova. CEDAM, 2003.
- Centel, Nur; Hamide Zafer; Özlem Çakmut: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**. 7. B.. İstanbul Beta, 2011.
- d'Ascola, Vincenzo: “*Il dolo del tentativo: considerazioni sul rapporto tra fattispecie oggettiva e fattispecie soggettiva*”. **Rivista italiana di diritto e di procedura penale**, 1979, ss. 682-692.
- De Francesco, Giovannangelo: “*Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*”. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1988, ss. 963-983.
- Demirbaş, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 4. B.. Ankara. Seçkin Yayınevi, 2006.
- Dönmezer, Sulhi; Sahir Erman: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. I., 7. B.. İstanbul. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1979.
- Filiè, Massimo: “*Delitto tentato e dolo eventuale*”. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1983, ss. 744-750.
- Hafizoğulları, Zeki; Muharrem Özen: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 2. B.. Ankara US-A Yayıncılık, 2010.
- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 8. B.. Ankara. Seçkin Yayınevi, 2009.
- Karakehya, Hakan: **İradilik Unsuru bağlamında Ceza Hukukunda Kast**. Ankara. Savaş Yayınevi, 2010.
- Mantovani, Ferrando: **Diritto penale**. 3. Ed.. Padova, CEDAM, 1992.
- Mantovani, Luciano Pettoello: **Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa**. Milano. Giuffrè, 1954.
- Önder, Ayhan: **Ceza Hukuku Dersleri**. İstanbul. Filiz Kitabevi, 1992.
- Özocak, Gürkan: **Türk Hukukunda Suça Teşebbüs**. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara, 2012.
- Sözüer, Adem: **Suça Teşebbüs**. İstanbul. Kazancı, 1994.

Tassi, Sauro: **Il Dolo**. Padova. CEDAM, 1992.

Toroslu, Haluk: “Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme”. **Haluk Konuralp Anısına Armağan**. C.2. Ankara. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, ss. 1173-1210.ş

Toroslu, Nevzat: **Ceza Hukuku Genel Kısım**. 18. B.. Ankara. Savaş Yayınevi, 2012.

Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**. 2. B.. İstanbul. Beta, 2011.



## **RİSK TOPLUMUNDA CEZA HUKUKUNUN DEĞİŞEN YÜZÜ**

*Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU\**

### **Giriş**

Risk kavramı, 20. yüzyılın sonlarına kadar bilim adamlarının ve sigortacıların kullandığı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktaydı. 1988 yılında Alman sosyolog Ulrich Beck'in yazmış olduğu "Risk Toplumu (Risikogesellschaft)" kitabı risk kavramını temel sosyolojik bir kavram olarak yeniden canlandırdı ve sosyoloji, siyaset ve hukuk gibi alanlarda yeni tartışmalar ortaya çıkardı. Bu çalışmada konu ceza hukuku açısından ele alınmıştır.

### **Risk Toplumu Düşüncesinin Ortaya Çıkışı ve Temel İddiaları**

Risk toplumu kuramı Beck'in kitabının 1992 yılında İngilizceye çevrilmesi ile önemli bir kuram olarak sosyoloji sahnesindeki yerini aldı.<sup>1</sup> Bu kitap sadece getirmiş olduğu risk toplumu analizi ile değil, sosyoloji biliminin varlığı üzerine yapılan temel tartışmalarda da önemli bir iddiayı ortaya koydu. Çünkü 20 yy.'ın ortalarına doğru özellikle Anglo-Amerikan kaynaklı sosyoloji çerçevelerinde sosyolojinin öneminin artık kalmadığı iddiasını içeren görüşler ortaya çıkmaya başlamıştı. Buna karşın Kıta Avrupası sosyoloji geleneğine sahip sosyologlar, toplumsal sorunların toplum içerisinde ve sosyoloji bilimi ile incelenmesi gerektiğine ilişkin görüşleri savunmakta ve çalışmalarını bu yönde sürdürmeye devam etmekteydi. Beck'in kitabının esas önemi kendisini burada göstermekteydi. Beck, sosyolojiden vazgeçme eğiliminin yoğunlaştığı yıllarda, içinde bulunulan toplumdaki tıkanmayı yine sosyoloji biliminin verileriyle açıklıyordu. Ortaya attığı "risk toplumu" ve "kendi üstüne düşünen modernleşme" kuramları ile toplumu tanımlamaya ve tıkanıklıkları aşmaya

---

\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

<sup>1</sup> Yıldırım, Engin, Risk Toplumunda Depremle Yaşamak, Akademik İncelemeler, Cilt 3 Sayı 1. Yıl 2008. S. 76 vd.

çalışıyordu. Beck'e göre modernleşme, toplumları daha önceki yüzyıllarda karşılaşmadıkları sorunlar ile karşılaştırıyordu ve Beck buna dayanarak içinde yaşanan toplumu "risk toplumu" olarak tanımlıyordu. Bu bağlamda Beck, çıkış yolunu "kendi üzerine düşünen modernleşme kuramı"yla açıklıyordu. Ancak hemen belirtilmelidir ki, Beck risk toplumu kuramıyla sınırları net bir toplum tanımlaması ortaya koymuyor, batı toplumlarının içerisinde yaşadığı toplumun açıklamasını yapmaya çalışıyordu. Kuramın günümüzde ortaya çıkan çevre ve bu çerçevede ekolojik problemler, bilim ve teknolojik ilerleme gibi pek çok konuyu kapsayışı ve Beck'in küreselleşme ve bireyselleşme gibi pek çok temel eserin oluşu, onun konuyu belli bir model içerisinde ele aldığını göstermektedir.<sup>2</sup>

Beck'e göre risk toplumunu, sanayi toplumundan kategorik olarak ayırmak zordur. Çünkü risk toplumu sanayi toplumunun yaşayış biçimlerinin ve tercihlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yaşayış şekliinden ortaya çıkan riskler şu şekilde özetlenebilir.

"Günümüzde riskler ortaya çıkmadan önce öngörülemez, tahmin edilemez. Dolayısıyla onlara karşı önlem almak zordur. Bu şekilde de sanayileşmenin en gelişmiş aşamasında belirsizlik ve denetlenemezlik gibi sorunlar ortaya çıkmaktadır ve bu sorunlar yapılmaması gerekenleri söylemektedir, ancak yapılması gerekenler belirsiz kalmaktadır. Bu belirsizlik ve hesap edilemezlik ulusal, yerel sınıfsal ve bireysel tüm alanları etkilemektedir. Risklerin öngörülemez oluşu ve tanınmaması "sigortalamazlık" kavramını ortaya atmaktadır. Tıbbi önlemler almak zorlaşmıştır. Atomik tehlikeler ve nükleer kazalar aslında kaza tanımına girmediğinden "sigorta" kapsamına da girmemektedir. Günümüzde risk dağılımı ile zenginlik dağılımı farklılaşmıştır. Riskler her türlü sınıf ve ülke sınırlarını aşarak zengini de yoksulu da etkilemektedir. Tıpkı bir bumerang gibi riskler de onları oluşturanlara, onlardan kazanç sağlayanlara geri dönmektedir. Riskler yüzünden kaybedenler kadar onlardan kazananlar da vardır. Otorite ve denetim eksikliğinden doğan riskler tehlikeli bir potansiyel oluşturmaktadır. Riskler belli bir coğrafi bölgede ortaya çıkmakta fakat bütün dünyayı etkilemektedir. Birçok risk tahmin edilmeyen yollardan yayılmaktadır. Tarım ilaçları ve anne sütü gibi... Riskler uzmanlığa ve elbette uzmana bağımlılığı artırmaktadır ancak bu risklerin uzmanı da bulunmamaktadır."<sup>3</sup>

Yukarıda görüleceği üzere içerisinde yeni riskler barındıran "yeni modernin" küreselleşme süreciyle iç içe geçmiş bir ilişkisi de vardır. Bu kendisini özellikle sınır aşan teknoloji, ekonomi ve iletişim boyutlarında

---

<sup>2</sup> **Çuhacı**, Aysu, Ulrich Beck'in Risk Toplumu Kuramı, Sosyoloji Dergisi, 3. Dizi 14. Sayı.,S.130-132.

<sup>3</sup> Özetleyerek aktaran; **Çuhacı**, S.137.

göstermektedir. Bu bağlamda eski modern olarak nitelenen sanayi toplumu ulusal toplum ve devletler tarafından kurulmasına rağmen “yeni modern küreselleşmiş riziko toplumu” sınırları aşan bir dünya toplumuna dayanmaktadır.<sup>4</sup>

### **Risk Toplumunu Düşüncesinin Ceza Hukukuna Etkisi**

Sosyologların, siyaset bilimcilerin, çevrecilerin bu kadar çok üzerinde durduğu risk toplumuna ilişkin bu tartışmalar hukuku da etkilemiş, risk toplumunda hukukun rolünün ne olacağına ilişkin sorular da eş zamanlı olarak sorulmaya başlanmıştır.<sup>5</sup> Tasarımı yapılmaya çalışılan risklerin insani bir hareketten ve ihmalden kaynaklanması ve insanın tarihsel süreç içerisinde hayatın bütün alanlarında elde etmiş olduğu yeteneklerden ortaya çıkması konunun hukuktaki önemini artırmıştır.<sup>6</sup> Özellikle risklerin zamandan ve mekândan bağımsızlığı ve bu yeni riskler karşısında hukukun geçerli bulunan “illiyetbağı”, “kusurluluk” ve “sorumluluk” gibi kavramlarının ihtiyacı karşılayamaz olması, risk toplumu kavramını hukukta da önemli bir tartışma konusu haline getirmiştir.

Küresel risk toplumunda dikkat çeken ilk konu, küresel çevre felaketleri ve tehlikeleridir. Bu bağlamda hukukun ilk tepki vermesi gereken riskleri bunlar oluşturmaktadır. Küresel riskler, ancak küresel hukukla bertaraf edilebilir. Ayrıca teknik gelişmelerin doğurduğu yeni bir tehlike de kitle imha silahlarının terör örgütlerinin eline geçmesi tehlikesidir. Bugün için kimyevi silahların terör örgütlerinin eline geçebilmesi ihtimali önemli bir güvenlik riski olarak karşımıza çıkmaktadır. Terör örgütlerinin laboratuvar ortamlarında bu kimyevi silahları modern teknolojinin olanakları çerçevesinde rahatça üretebilme imkanları vardır. Bütün bunlar güvenlik bakımından önemli ve yeni riskleri ortaya çıkarmaktadır.<sup>7</sup> Daha da vahimi örgütlü suçluluğun yaygınlaşması ve kalıp değiştirmesidir. Artık örgütlü suçlar siyasal sistemleri çürütebilmektedir. Hatta suç örgütleri yerel iktidar odaklarıyla birleşerek haydut devletçikler dahi oluşturabilmektedir.<sup>8</sup> Bu çerçevede hukukun bu dönemdeki temel işlevi yeni düzenlemeler yapmak ve bunu bir yönetim aracı olarak kullanmaktır.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> **Hong**, Seung- Hee., Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrechts, S.23 vd. <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-opus-9542> E.T. 14.11. 2103 Sa: 01.25

<sup>5</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hilgendorf**, Eric “ Gibt es ein “Strafrecht der Risikogesellschaft” NStZ 1993. S. 10 vd.

<sup>6</sup> **Hong**, S.40.

<sup>7</sup> **Sieber**, Ceza Hukukunun Sınırları, in. Alman Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2007.,189 vd.

<sup>8</sup> **Sieber**, Ceza Hukukunun Sınırları, S.191.

<sup>9</sup> **Hong**, S.51.

Bilindiği üzere ceza hukuku da bir devinim ve dönüşüm içerisindedir. Bu dönüşümün ilk belirtisi kendisini ceza hukukunun rolünde göstermektedir. Ceza hukuku artık küresel toplumun dönüşümünü sağlayıcı gevşek bir alet olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yeni görev dolayısıyla ceza hukukunun kapsamı genişlemekte, buna karşılık etkinliği azalmaktadır. Bu yeni risk toplumunda ceza hukuku ulusal çerçevede ele alınmamalı küresel suçlulukla bir mücadele alanı olarak düşünülmelidir.<sup>10</sup> Nitekim uluslar arası ceza hukuku alanının genişlemesi, Avrupa Birliği gibi konfederal devletlerin ceza hukuku alanında kendi standartlarını oluşturması ve ülkeler arasındaki ceza hukuku yardım anlaşmalarının çoğalması, eğilimin bu yönde olduğunu göstermektedir. Yapılan çalışmalardan Avrupa Birliği çerçevesinde öncelikli amacın standartların sağlanması, Avrupa Ceza Hukuku yönünde geliştiği gözlemlenmektedir.<sup>11</sup>

Bu bağlamda küreselleşme olgusu da kendiliğinden yeni riskler yaratmakta sınır ötesi suçların işlenmesi için yeni olanaklar sağlamakta ve bu şekilde ceza hukukunun ülkesel sınırlarını zorlamaktadır. Bu zorlayış da yeni bir ceza hukuku modelinin oluşmasına neden olmaktadır.<sup>12</sup> Dolayısıyla ceza hukukunun uygulama alanı ulusal sınırlarla kısıtlanamayan, küresel bir nitelik kazanmaktadır. Bu duruma modern terörizmi, nükleer suçları, uyuşturucu ticaretini, organize suçlar ve bilgisayar suçlarını örnek olarak vermek mümkündür. Hiç kuşkusuz ülkesel sınırlarla örülü bir ceza hukuku anlayışı ile küreselleşmenin ortaya çıkardığı bu yeni risklerle baş etme olanağı yoktur.<sup>13</sup> Bunun doğal sonucu olarak “mülkilik prensipleri” geçerliliğini sürdürmekle beraber, uluslararası hukuk tarafından önü açılan bir şekilde evrensellik prensibi alanını genişletmektedir. Ancak ceza hukuku açısından bu durum başka problemlere yol açmaktadır. Özellikle maddi ceza hukukunda ve usul hukukuna ilişkin normlarda ve ayrıca infaz hukuku alanındaki farklılıklar büyük bir etkinlik, yasallık ve meşruluk sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bu sorunlar ceza hukuku tarihi açısından bakıldığında hiç de kolay bir şekilde göz ardı edilebilecek sorunlar değildir.<sup>14</sup> Bu bağlamda özellikle ülkemiz, içine girmiş olduğu uluslar arası angajmanlar dolayısıyla canlı bir örnek konumundadır. Türk Ceza Hukuku dünyasının çoğu zaman eleştirilen 1982 anayasası yürürlükte iken 6415 sayılı Terörizmin Finansmanı Hakkındaki Kanun ve getirmiş olduğu el koyma

---

<sup>10</sup> Hong, S.51.

<sup>11</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Sieber, Ulrich, Avrupa Ceza Hukukunun Geleceği, in, Criminal Law in the Global Risk Society, İstanbul 2011.S. 100 vd.

<sup>12</sup> Sieber, Ceza Hukukunun Sınırları, S.175

<sup>13</sup> Konunun Avrupa Ceza Hukuku açısından anlamı için bkz. Sieber, Avrupa Ceza Hukukunun Geleceği, S.103.

<sup>14</sup> Hong, S.52.

hükümlerini “hukuki” kabul etmesi pek mümkün gözükmemektedir. Ancak terörizmle küresel mücadelenin sonucu olarak ülkelerin ceza hukuklarındaki yerini almaktadır.

Yeni risk toplumu anlayışı sadece ceza hukukunun ulusal sınırları ile ilgili sorunlar yaratmamakta bizatihi ceza hukukunun yapısında ve anlayışında da değişiklikler ortaya çıkarmaktadır. Bu yapısal değişiklikler özellikle tehlike suçları ve ceza hukuku ile koruma altına alınan yeni hukuki konular alanlarında kendilerini göstermektedirler. Bu değişikliklerin bir çoğu ceza hukukunun onlarca yıllık birikimi ve artık hukuk devleti prensiplerinden sayılan değerlerin yok edilmesi pahasına mı gerçekleşmektedir? Bu sorunun cevabının verilebilmesi ve sorunların daha iyi anlaşılabilmesi için modern ya da klasik ceza hukukunun bu güne getirmiş olduğu birikimin bir bilançosunun çıkarılmasına ihtiyaç vardır.

Bu değerleri şu şekilde sıralamak mümkündür.

- a- Modern ceza hukuku kanunilik prensibine dayanmaktadır.
- b- Modern ceza hukuku daha çok genel değil kişisel hukuki konuları koruma altına almaktadır.
- c- Tek anlama gelen ve bu şekilde yazılan suç tipleri çerçevesinde uygulama alanı bulmaktadır.
- d- Cezalandırma suçlu ile mücadele aracı değildir.
- e- Ceza hukuku, insancılık prensibi gereğince bir güç sınırlamasını amaç edinmiştir. Ancak etkili bir ceza hukuku anlayışı çerçevesinde gücü de artırmaktadır.<sup>15</sup>

Bu bağlamda, kamu hukukunun ve ceza hukukunun temeli kabul edilen sosyal sözleşme kuramları ve cezanın meşruiyetine ilişkin bu kuramların verileri dikkate alındığında yine şu hususların altını çizmek mecburiyeti doğmaktadır.

- a- Ceza, kişisel hukuki konuların ihlali ve sosyal sözleşmelerde güvence altına alınmış özgürlükler bakımından geçerli ve meşru bir mekanizmadır.
- b- Sosyal sözleşmede vazgeçilecek özgürlüklerin sınırları açıkça belirlenmelidir.

---

<sup>15</sup> Hong, S.53 vd.

- c- Ceza hukuku kişisel özgürlükleri sınırlandırıcı bir işleve sahip olduğu için “in dubio pro reo”, “ultima ratio” ve “ölçülülük” prensiplerine uygun olmak zorundadır.<sup>16</sup>

Ancak risk toplumunun ortaya çıkarmış olduğu ceza hukuku anlayışı ve kanunlaştırmaları, yukarıda sayılmış olan insanlığın büyük acılarla edinmiş olduğu bu birikimlere ne kadar uygundur? Bu başlı başına şüpheli bir durumdur ve atılacak her yeni adımda üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir olgudur. Esasında, klasik ceza hukukunun temel belirleyicileri, ağırlıklı olarak kişisel hukuki konular olarak ortaya çıkmaktadır. Ceza hukukunu temellleyen ve sınırlayan esas, ceza hukukuyla hukuki konuların korunmasıdır. Sadece ve sadece böylece kabul edilmiş hukuki konular, tam olarak belirli bir davranışla ihlal edildiğinde cezalandırma mümkündür. Ceza hukukunun bir hukuki değeri korumasının hukuka uygunluğu için kişisel hukuki değer hukuka uygunluğunun somut ve açık olarak belirlenmesi zorunludur.<sup>17</sup> Belirsiz hukuki konularla ilişkilendirilmiş biçimsel bir kanunilik anlayışı ceza hukuku tarihi içerisinde totaliter rejimlere yol açmıştır.<sup>18</sup> Totaliter rejimlerde de kanunilik sadece biçimsel olarak algılanmıştır. Ceza hukukunun tarihsel pratiği içerisinde de görüleceği üzere ceza hukuku kendiliğinden iyiye ve doğruya yönelmiş bir olgu olarak karşımıza çıkmamaktadır. Aydınlanmadan günümüze ceza hukukunun gelişim çizgisindeki derin yarılmalar, ceza hukukunun özellikle totaliter ülkelerde göstermiş olduğu özellikler, faşist rejimlerde öteki olarak nitelenenlere karşı sistematik tasfiye aracı olarak ve hali hazırda demokratikleşmekte olan ülkelerde muhalefete karşı tasfiye aracı olarak kullanılması ve ABD'nin 21. yüzyılda Guatamela uygulamaları bu yargıyı kuvvetlendirmektedir. Ceza hukuku anlayışları ani ve büyük geriye dönüş adımlarını içerisinde barındırmaktadır. Spekülatif politik iklimden derin şekilde etkilenebilmektedir. Ancak her ne kadar Beck'in anlatmaya çalıştığı risk toplumu kapitalist/endüstrileşmiş ve küreselleşmiş bir devlet ve uluslararası toplum tasarımıyla hareket ediyor olsa da ve bu yönüyle otoriter bir toplum tasarımına vurgu yapmıyor olsa da somut hukuki

<sup>16</sup> Hassemer'e atfen, **Hong**, S. 56 vd.

<sup>17</sup> **Hong**, S.59 vd.

<sup>18</sup> bkz. **Katoğlu, Tuğrul**, Başlı başına biçimsellik, başına buyruk, totaliter bir rejimde güvence sağlamamakla birlikte, insan haklarına dayanan, özgürlükçü bir anayasal düzende kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesi olacaktır. Cezaî ihlal olarak suç bakımından da biçim ve içerik bir bütün oluşturur. Suç hem biçimsel ceza normlarının hem de kanunen korunan menfaatlerin ihlalidir<sup>18</sup>. Bu nedenle normun içeriği ve fiilin ihlal ediciliğini dikkate almak gerekir. In Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi. [http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti\\_bildiriler&id=3](http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_bildiriler&id=3) Er.Ta.15.11.2013 Sa.09.48.

konuları vurgulamayan ve bu yönüyle salt bir biçimsel kanunilik anlayışını ihtiva eden yasal düzenlemeler, cezalandırma yetkisinin kullanılmasında klasik ceza hukuku anlayışına göre bir keyfiliğe işaret etmektedir. Bu da hukuki güvenliği zarara uğratmaktadır. Özellikle hukuki konunun bir zarar şeklinde ihlal edilmediği veya somut olarak tehlikeye düşürülmediği soyut tehlike suçlarının<sup>19</sup> giderek genişleyen bir şekilde yasalastırma faaliyetlerinin içeriği haline gelmesi, hangi risk ya da gereklilik kavramıyla açıklanırsa açıklansın geleneksel ve modern ceza hukuku anlayışında bir hafifleme meydana getirerek normatif güvenlik alanını daraltmaktadır.

Yeni yasalastırma faaliyetlerinde maddi hukuk açısından cezalandırılan alanın suçun işlenmesinden önceye kaydırılması şeklinde bir eğilimle karşılaşmaktadır. Yani ceza hukukunun yüzlerce yıllık birikiminin sonucu olan hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağı ve aksinin istisnallığı kuralı, çeşitli risk gerekçeleriyle aşılmaya çalışılmaktadır. Nitekim 20-27 Eylül 2009 tarihlerinde İstanbul'da yapılan "18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi"nin temel tartışma konularından birisini bu oluşturmuştur.<sup>20</sup> Özellikle örgüt kurma ve örgüte üye olma suçlarında suç öncesi cezalandırılabilir bir alan yaratma eğilimi ile karşılaşmaktadır. Bu bağlamda ceza hukuku bir bastırma değil, önleme aracı haline getirilmeye çalışılmaktadır. Ayrıca ekonomik suçluluk, çevre suçluluğu ile örgütlü suçluluk ve bir eşyaya sahiplikten kaynaklanan suçlarda da bu eğilim soyut tehlike suçları ile genişlemektedir.<sup>21</sup> Bu bağlamda, risk toplumunun hukuki verileriyle ortaya çıkarılmış, gayri bireysel, gayri hukuki konular olarak nitelenen değerlerin ceza hukuku anlamında korunması gerekli değerler olarak nitelenebilmesi için aynı zamanda kişisel bir hukuki değeri ihlal edip etmediğinin açıkça ortaya çıkarılması gereklidir. Bunun gerekçesini ceza hukukunun *ultima ratio* özelliğinde bulmak mümkündür. Unutulmamalıdır ki, ceza hukuku sosyal politikaların gerçekleştirilmesi aracı olmayıp hukuki konuların korunmasında son olarak başvurulması gerekli bir araçtır.<sup>22</sup> Adeta sonsuz ve değişmez kuralları içeren ceza hukuku gibi hukuk alanlarında, ani ve şaşırtıcı spekülatif norm değişiklikleri, istikrarsızlık ve yanılma duygularına dayanan bir hissiyat ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda norm değişiklikleri söz konusu olduğunda, ceza hukuku en çok üzerinde durulması gereken hukuk alanıdır. Değişiklikler için zaman bırakılmalı ve sonuçları

<sup>19</sup> **Hohn**, Grundwissen- Strafrecht: Handlungs- und Erfolgsunrecht, S. 494.

<sup>20</sup> Kongre tarafından 1926'dan bu yana tartışılan ve alınan kararlar ulusal ve uluslararası yasama üzerinde etkili roller oynamaktadır. Bu husus kongrenin açık konuşmasında Dernek başkanı Cuesta tarafından açıkça vurgulanmıştır. Bkz.18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi Kitabı, İstanbul 2009.,S.9.

<sup>21</sup> **Sieber**, Ceza Hukukunun Sınırları, S.194-195.

<sup>22</sup> **Hong**, S.59.

üzerinde araştırmalar yapılmalı, muhtemel sonuçları önceden tasavvur edilmelidir. Ceza normları toplumsal düzenlemeler olarak insanların en derininde ve içinde yer almaktadır.<sup>23</sup> Bu bakımdan ceza hukuku hem kendisine en son başvuru araç olmalı, hem de eğer ceza hukukuna başvurulacak ise bu başvuru somut ve belirlenebilir bir ihlale dayanmalıdır. Spekülatif gündelik sorunların ceza hukuku ile karşılanmaya çalışılması, ister belirli bir totaliterliğe vurgu yapsın, ister çağımızda ortaya çıkan yeni riskleri karşılamaya çalışsın, eğer bir hukuki konunun ihlaline dayanmıyorsa keyfidir ve meşru değildir. Konunun vahametini Türk Ceza Kanununun insan ticaretinin ilişkin 79/1-b maddesinde görmek mümkündür. Bu düzenleme şu hükmü içermektedir:

“b) Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan,

Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(Ek cümle: 22/7 /2010 -6008/6 md.) Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolünür.”

Söz konusu maddenin hangi hukuki değeri ihlal ettiğini belirlemek o kadar da kolay değildir. Ancak söz konusu maddenin gelişmiş ve endüstrileşmiş batı toplumunu yasa dışı göçlere karşı korumaya çalıştığı açıkça anlaşılmaktadır. Hem de son derece sert bir cezalandırma sistemiyle bu yapılmaktadır. Hapis cezalarının alt ve üst sınırı açısından, hukuki güvenliği tehdit edercesine hâkime son derece geniş bir yetki tanınmakta, hapis cezalarına ek olarak para cezası getirilmekte ayrıca suçun teşebbüs aşamasında kalmış şekli de tamamlanmış şekli gibi cezalandırılmaktadır. Ancak bu cezalandırma sisteminin hangi hukuki değer uğruna kabul edildiği başlı başına şüphelidir. Gelişmiş batı ülkeleri için göç nasıl bir sorundur? Bizim ülkemiz için bir sorun mudur? Birisini yurt dışına çıkarmak hangi hukuki değeri ihlal etmektedir? Yasa dışı göç önlenmesi evrensel bir hukuki değer olarak belirlenmiş ise, bu göç edenler bakımından nasıl bir ihlal ortaya çıkarmaktadır? Niçin Türk Ceza Kanunu devreye girmektedir? Eğer ortada bir sorun varsa bu sorun idari yaptırımlarla çözülemez mi? Ceza hukuku başın her sıkıştığında başvurulacak bir evrensel/toplumsal düzen aracı mıdır? Bu soruların hepsi cevap beklemektedir.

Ayrıca getirmiş olduğu yaptırımlar dolayısıyla da yukarıda belirtmiş olduğumuz klasik ceza hukukunun en önemli verilerinden olan ölçülülük

---

<sup>23</sup> Hassemer, Winfried, Richtiges Recht durch richtiges Sprehen? (in: Strafen im Rechtsstaat), S.16.



ilkelerine de tümüyle aykırıdır. Tabii ki günümüzde sıkça karşılaşılabileceği üzere göçmenlerin yaşadığı kazalar ve ortaya çıkan zarar ve tehlikeler tartışma konusu dışındadır. Bu zarar ve tehlikeler kanunun ayrı maddelerinde ve aynı maddenin ayrı fıkralarında koruma altına alınmıştır.

Dolayısıyla içinde bulunduğumuz çağda özellikle hukuki konu alanında yaşanan değişiklikler, kanun koyucuların ceza kanunu koyma işlemini yaparken sahip oldukları takdir yetkisi alanı genişletmektedir. Gayri bireysel/toplumsal hukuki konuların ceza hukukuyla korunması bakımından kanun koyucular daha rahat hareket edebilmektedir. Bu yönüyle sadece zarar ve somut tehlike suçları açısından değil soyut tehlike suçları açısından da evrensel hukuki konularda **suçlaştırma** yoluna gidilmesi ve ceza hukuku alanının genişlemeye başlaması, henüz tam olarak tanımlanamayan “evrensel hukuki konu” lar alanında düzenlemeler yapılması ceza hukuku güvenliğini sarsmaktadır. Ayrıca ceza hukukunun toplumsal sorunların çözülmesi bakımından yasa koyuculara sağladığı avantaj ve kolaylık ve ceza hukukunun bu şekilde bir araç olarak kullanılması, ceza hukukunu, hukuk devleti geleneklerinden uzaklaştırmaktadır.<sup>24</sup> Bu konuda bizim ceza kanunumuz da çarpıcı örneklerle doludur. Örneğin ülkemizde imar ve belediye mevzuatıyla çözülebilecek konular ceza hukukunun konusu haline getirilebilmektedir. TCK'nın 184. maddesinde düzenlenen İmar Kirliliğe Neden Olma Suçu özellikle 2.,3.,4. ve 5. fıkraların incelendiğinde görüleceği üzere, bunlar iyi çalışan bir idari kolluk rejiminin olduğu bir ülkede suç olarak düzenlenmesine gerek olmayan fiillerin yer aldığı fıkralardır.

Özellikle kişisel hukuki konulardan öte toplumsal kurumların soyut tehlike suçları yoluyla ceza hukuku alanına dâhil edilmesi bu dönemde en çok başvurulan yollardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu, sadece hukuki konunun ihlalinin belirlenebilmesi açısından değil ceza hukuku dogmatığının diğer kavramları açısından da sorunlar yaratmaktadır. Soyut tehlike suçları alanında ortada bir zararın olmaması ceza hukukunun hareket ve illiyet bağı gibi diğer kavramlarını da belirsizleştirmek de bu belirsizlik sanık açısından sonuçlar doğurmaktadır. Sanık kendini belirli hukuki kavramlar çerçevesinde geliştireceği; “kanunda gösterilmiş zararın ve tehlikenin gerçekleşmemiş olması” veya “illiyet bağı kesen sebeplerin gerçekleşmiş olması” gibi savunma mekanizmalarından yoksun kalmaktadır. Bu bağlamda ortaya çıkan içtihatlar ceza hukukunun zarar ve illiyet bağı gibi temel kavramlarının üzerinden inşa edilmemesi, konunun hukuki değerlerin tespitindeki güçlük ceza adaletinin denetlenebilir ve kontrol edilebilir olma

---

<sup>24</sup> Hong, S.66 vd.

özelliklerini ortadan kaldırmaktadır ve Marx'ın veciz ifadesiyle 'katı olan her şeyin buharlaşıp gittiği' bir evrenin parçası olmaktadır.

Ceza hukukunun bu temel kavramlarının elastikiyet kazanması toplumsal olarak istenilmeyen davranışların ceza ile karşılanmasını da kolaylaştırmaktadır. Kanun koyucular neyin cezaya layık bir davranış olarak belirleneceği hususunda kendi ideolojik tercihlerini ve davranış motiflerini daha rahat hayata geçirebilmektedirler. Bütün bunların sonucu olarak özellikle kanun koyma sürecinde ceza hukuku gelenekleri ve hukuki güvenlikle yakından alakalı olmasına rağmen ceza hukuku genel hükümler yerine, özel hükümler ve özel ceza kanunlarına yoğunlaşmaktadır. Ama unutulmamalıdır ki, ceza hukuku suç siyasetinin bir aracı olarak kullanılmaktadır ki bu doğal ve normaldir; ancak ceza hukuku politik amaçların ve toplumsal sorunların çözüm aracı değildir. Bu yönüyle ceza hukuku özel hukuk ve idare hukukundan ayrılmaktadır. Bu hususta da ülkemiz bir çok çarpıcı örnekle doludur. Özellikle öğrenci evleri konusunda muhafazakâr demokrat kimlik ileri sürülerek ve toplumdan şikayetler geliyor bahanesiyle, kişiye, yere ve zamana göre bir değişkenlik göstermesi, dolayısıyla modern hukukçuların tüylerini diken diken eden bir kavram olarak “toplumsal ahlak”ın, konut dokunulmazlığının ve kişi özgürlüğünün sınırlanması için kullanılabilmesi ve bu bağlamda “gerekirse yasal düzenleme yapabiliriz” söylemi, işte bu gerekçelerle en hafif tabiriyle dehşet vericidir. Çünkü içeriksiz basit bir kanun tekelciğine vurgu yaptığı için hukuk devletinden daha çok totaliter bir devlet anlayışını çağrıştırmaktadır. Risk toplumu düşüncesi ile ceza hukuku anlayışında yaşanılacak gevşeme hiç kuşkusuz kanun koyuculara vermiş olduğu takdir yetkisi dolayısıyla farklı hukuki kültüre sahip ülkelerde farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkaracak ve ceza hukuku standartlarını ortadan kaldıracaktır.

Risk toplumundan cezaların ispatı konusundaki zorluklar da vardır. Bunlar da ceza muhakemesi kurumlarını derinden etkilemektedir. Bu alanda da ilk göze çarpan husus suç şüphesinin ortaya çıkmasından önceki zamanlarda da önleyici tedbirler uygulanmasıdır. Özellikle hukuk alanında evrensel hukuki normlara uyum gösterme konusunda kendiliğinden harekete geçebilme refleksi son derece düşük olmasına rağmen önleyici gözaltı yetkisinde olduğu gibi söz konusu hukuk devleti prensiplerinin zayıflatılması anlamına gelen yasalaraştırmalar söz konusu olduğunda güvenlik bürokrasisinin son derece heyecanlı ve hızlı olduğu gözlemlenmektedir. Terör suçu işlememiş, sadece bu şüphe altında bulunan kimselerin ömür boyu önleme dinlenmesine tabi tutulması da hiç kuşkusuz hiçbir risk kavramıyla açıklanabilir, izah edilebilir, hukukileştirilebilir bir durum değildir.

Özellikle gizli veri kayıt teknikleri yöntemleri uygulanarak yapılan ortam dinlemeleri, telefon konuşmalarının dinlenmesi, ve kaydedilmesi, yurttaşların bulunduğu yerin ve banka kayıtlarının incelenmesi ve yurttaş hakkında kaydedilmiş bulunan değişik verilerin birleştirilerek analizi yeni gelişmeler arasında bulunmaktadır. Bu analizlerle küresel sisteme risk yaratan kişilerin risk profillerinin çıkarılması, şüpheli ve tehlikeli kişilerin izlenmesi gibi uygulamalara geçilmiştir. Ceza hukuku bu şekilde doğrudan doğruya suç işlenmesini engellemek gibi bir misyon yüklenmiştir.<sup>25</sup> Bu hiç kuşkusuz aydınlanma devrimleriyle temelleri atılan ve ceza hukukunda hukuki güvenliği ortadan kaldıran uygulamalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan ceza usul hukukunda yaşanan risklerin büyüklüğünden hareketle yeni soruşturma metotlarıyla karşı karşıya kalınmaktadır. Artık soruşturma metotları daha akılcı, daha modern ama daha sert niteliktedir. Özellikle araştırma metotlarının suça karışmamış 3 üçüncü kişiler hakkındaki etkisi dikkat çekicidir. (Örn. Arama-Telefon Dinleme Vücuttan Örnek Alma). Bu etkiler de hiç kuşkusuz tanımlanamamış bir risk olgusundan hareketle suça hiç karışmamış ve suç şüphesi altında da bulunmayan kişilerin ceza hukuku tedbirlerine maruz kalması anlamına gelmektedir. Hiç şüphesiz, üçüncü kişilerin bu uygulamalara katılma yükümlülüğünde olduklarından bahsedilmesi hukuk devleti ideallerinden uzak düşüldüğünün en açık kanıtlarından sayılmalıdır.

İçinde bulunulan süreçte ceza hukuku nasıl suçla mücadele aracına dönüşüyorsa, ceza usul hukuku da suç ile mücadele aracına dönüşmekte ve zaman zaman da ceza usul hukuku mekanizmaları mağduru tatmin amacına yönelmektedir. Bu sayede bizatihi ceza muhakemesi hukuku mekanizmaları araçsallaştırılmaktadır. Gerek “Uzlaşma” gerekse “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, “Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi” ve nihayetinde “Tecil”in uğranılan zararın giderilmesi koşuluna bağlanması bu bağlamda göz ardı edilmemelidir. Uğranılan maddi zararın giderimi esasen bir özel hukuk sorunudur. Toplumsal düzenin kurulması açısından son başvurulacak araç olan ceza hukukunun, bir fiili suç olarak tanımlayıp ceza muhakemesi araçlarını devreye soktukten sonra mağdurun zararı tazmin edilmiştir denilerek cezalandırma hakkından vazgeçilmesi ve bu sayede toplumsal barışın korunulduğunun kabul edilmesi *ultima ratio* prensibi açısından kabul edilemez.

Yine bu süreçte ceza davalarının kısaltılması ve uzlaşma gibi yeni mekanizmaların ceza hukukunda devreye sokulduğu gözlemlenmektedir.

---

<sup>25</sup> Sieber, Ceza Hukukunun Sınırları, S.196.

Daha kısa daha rahat ve daha basit bir ceza davası sistemi tanımlanmakta ve bir hedef olarak ortaya konulmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki ceza usul hukukunun kısaltılması ve basitleştirilmesi ceza hukukunun anayasal temel prensiplerinin reddi anlamına da gelebilmektedir. Özellikle ülkemiz açısından bakıldığında bu mekanizmaların işleyişinde yaşanan aksaklıkların sırf amaca uygunluk düşüncesiyle göz ardı edildiği gözlenmektedir. Örneğin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kabul edildiği durumda sanık aslında temyiz yolundan feragat ederek Anayasada yer alan hak arama özgürlüğünden de vazgeçmektedir (m. 36). Uzlaşmada, uzlaşma durumunun ortaya çıkaracağı çileli hukuk yolları dikkate alınarak ve Türk mahkemelerinde meram anlatmanın zorluğu dikkate alınarak kişiler uzlaşma yoluna giderek aklanma haklarından feragat edebilmektedir.

### **Sonuç**

Risk toplumu anlayışı hukuk uygulamasını ve dogmatliğini de yakından etkilemektedir. Hiç kuşkusuz ceza hukuku donmuş bir düşünsel yapıya vurgu yapmamaktadır. Toplumsal hayatta yeni çıkan riskleri karşılamak için ceza hukukuna başvurulabilir. Ancak ceza hukuku suçlu ile mücadele aracı değildir. Yine ceza hukuku sosyal politikaları gerçekleştirme aracı da değildir. Toplumsal hayatın düzenlenmesinde son çare olarak kullanılmalıdır. Eğer çağımıza ait yeni riskler ceza hukukuyla bertaraf edilmek isteniyorsa ve bu zorunluysa ceza hukukunun yüzlerce yıllık verileri ve getirmiş olduğu güvenceler ortadan kaldırılmamalıdır. Başka bir deyişle, riskle mücadele adına ceza hukukunun kendisi riske atılmamalıdır. Ceza hukuku ancak belirli hukuki değerlerin korunması yolunda meşru bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza ve ceza usul hukukunu pratik gerekçelerle geleneksel değerlerinden ve kavramlarından koparmak hiç kuşkusuz ceza hukukunu hukuk devleti düşüncesinin değerlerinden uzak düşürecektir.

*HAKEMLİ*

## **KASTEN YARALAMA SUÇU**

*Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU\**

### **GENEL BİLGİLER**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 86/(1). maddesine göre "kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." 5237 sayılı T.C.K., 765 sayılı önceki T.C.K.'nin kasten müessir fiil olarak adlandırdığı suça kasten yaralama suçu demiştir. Kanımızca bu konuda Hükümet Tasarısında benimsenen ve "müessir fiil" teriminin karşılığı olarak benimsenen, Yargıtay kararlarında da bu şekilde yerleşmiş bulunan "etkili eylem" terimi anlam bakımından daha doğrudur. Çünkü bir eylemin "yaralama" suçundaki tipe uygun olabilmesi için mağdurda mutlaka bir yaralanmanın meydana gelmesi gerekmektedir.

İncelediğimiz bu suçun, 5237 sayılı T.C.K.nun 86/(1).maddesinde düzenlenmiş basit şekline göre bir başkasının vücuduna acı vermek veya sağlığının bozulmasına ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmak, eylemin tipe uygunluğu için yeterlidir; mutlaka mağdurun yaralanması sonucunun doğması aranmamaktadır. Ancak, maddenin gerekçesine göre bu sonuçları kapsayan her eylem yaralama olarak kabul edilmiştir. Bu kabul, kanımızca yaralama kavramıyla bağdaşmamakta<sup>1</sup> ve zihinlerde farklı algılanmaktadır. Suçun basit şekli açısından önceki 765 sayılı TCK.'nda yer alan unsurlarla yürürlükteki TCK.'nda yer alan unsurlar aynıdır. Değişiklik, yürürlükteki TCK.'nin eski ifadeleri anlaşılır kılmasıdır. 765 sayılı TCK.'daki "cismen eza" yerine "vücuda acı verme", "sıhhati ihlal" yerine "sağlığı bozma", "akli melekelerde teşevvüş" yerine "algılama yeteneğinin bozulması" kavramları getirilmiştir<sup>2</sup>. 5237 sayılı TCK.'nda

---

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

<sup>1</sup> Aynı görüşte Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2010, s.42,

<sup>2</sup> Keskin-Kızıroğlu, Serap, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kasten Yaralama Suçu", iç.: 3.Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi- Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Editör:Prof.Dr.Bahri Öztürk, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2009, s.191

suçun basit şeklinden başka TCK.'nun 86/(2).maddesinde suçun hafif şekli, 87.maddesinde de ağır şekli yer almıştır. Kasten yaralamanın derecesini belirleyebilmek için T.C. Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 22.09.2005 tarih ve 13292 sayılı Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uyulacak Esaslar<sup>3</sup> yayımlanmış olup bu mevzuatın ekinde Adli Rapor Tanzimi İçin Rehber uygulamaya yön göstericidir.

Kişinin vücut dokunulmazlığına saldırı davranışları insanlık tarihinde ilkçağlardan bu yana her zaman ceza tehdidiyle karşılanmıştır<sup>4</sup>. Roma Hukuku'nda XII Levha Kanunu etkili eylem niteliğindeki davranışları suç kabul etmiştir. XII Levha Kanunu'nda vücutta iz bırakmayan etkili eylem suç sayıldığı gibi, çeşitli ağırlıktaki yaralamalar ile vücudun bir kemiğinin kırılması da insanın vücut dokunulmazlığına saldırı oluşturan ayrı suçlar olarak kabul edilmiştir. Roma Hukukunda XII Levha Kanunu'nda ağır yaralamaların cezasının kısas, kemik kırılmasının ve iz bırakmayan etkili eylemin karşılığı ise orantılı para cezası olduğu belirtilmektedir. Ağır yaralamalar ile vücutta kemik kırılması niteliğindeki etkili eylem XII Levha Kanunu'ndan önce de cezalandırılan suçlar oldukları halde iz bırakmayan etkili eylem ilk olarak XII Levha Kanunu'nda suç sayılmıştır. Ancak basit etkili eylem suçunun mağduru yalnızca hür bir kimse olabilirdi; köleye karşı işlenen basit etkili eylem suç oluşturmazdı. XII Levha Kanunu'nun kısasla cezalandırdığı ağır yaralamalarda vücuttan bir parça koparılmayıp, kemik kırılmasının da dışında, iz bırakmayan basit etkili eylem ile vücutta kemik kırılması arasında kalan yaralanmalar söz konusudur. Ağır yaralama niteliğindeki etkili eylem suçunun karşılığı kısas olarak belirlenmekle beraber tarafların diyet belirleyerek uzlaşması yolu da kabul edilmişti. Kısasa karşı diyet uygulamasının sonucu, Roma Hukuku'nda yargı gücünü kullanan "pretorlar" döneminde, bu ağır etkili eylem suçunun kısas cezasının pretor beyannamesiyle takdiri para cezasına dönüşmesine yol açmıştır. XII Levha Kanunu'nun kabul ettiği en belirgin etkili eylem suçu vücutta kemik kırılmasına neden olan etkili eylem suçudur. Bu durumdaki suçlunun ödeyeceği para cezası mağdurun hür ya da köle oluşuna göre farklıydı. Roma Hukukunda mağdur köle olduğu takdirde de suç, kişiye karşı bir suç değil mala karşı suç olarak kabul edilmekteydi. Sonradan bu para cezası da pretor beyannamesiyle takdiri para cezasına dönüşmüştür<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> www.tbb.org.tr/mevzuat (Erişim tarihi 05.07.2013)

<sup>4</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için BKZ. Keskin, Serap, Türk Ceza Hukukunda Kasten Müessir Fiiller, Yayımlanmamış İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s.1 vd.; ayrıca BKZ. Okandan, Recai Galip, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul 1951

<sup>5</sup> Tahiroğlu Bülent, Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969, s.262vd.

Pretor Hukuku reformuna yeni bir reform eklediği düşünölen Cornelia Kanunu'nda da etkili eylem suçü genel suçlar arasında yer almıştır. Cornelia Kanunu'na göre itip kakmak biçimindeki suç, dövme suçundan daha hafif bir suçtur<sup>6</sup>.

Göktürk Devletinde dövme ve yaralama suçlarının cezasının yalnız hayvanla ödenen tazminattan ibaret olduğu, bir kimsenin gözünü kör edenin ise kızını veya karısının mallarını mağdura vermek mecburiyetinde olduğu belirtilmektedir<sup>7</sup>.

İslamiyetten önceki Arap Dünyasında bedensel zararlar için tarifeye dayalı tazminat (diyet) alınmakta iken İslam Hukuku'nda bir organın kasten yok edilmesi halinde kısas cezası kabul edilmiş, fakat bu kısas için taraflar arasında eşitlik ve benzeyiş bulunması koşulu aranmıştır; eğer eşitlik ve benzeyiş yoksa diyet uygulanmaktadır<sup>8</sup>.

### **I. Suçla Korunan Hukuki Menfaat**

Kasten yaralama suçunda korunan hukuksal yarar Anayasa'nın 17. maddesi çerçevesinde kişinin beden dokunulmazlığı hakkı çerçevesinde beden bütünlüğüdür<sup>9</sup>. Bu kapsamda beden dokunulmazlığı yalnızca anatomik olarak bedeni değil aynı zamanda ruhsal ve zihinsel dokunulmazlığı da kapsamaktadır. Nitekim Anayasa'nın 17.maddesine göre herkes, hem maddi varlığını hem de manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Devlet de sırf insan olması nedeniyle kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü sağlamak ve korumakla yükümlüdür. Bu nedenle beden dokunulmazlığı hakkı, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf sahibi olduğu bir hak değildir.

---

<sup>6</sup> A.e., s.218

<sup>7</sup> Üçok, Coşkun – Mumcu, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, 7.Baskı, s.21

<sup>8</sup> BKZ. Ansay, Sabri Ş. Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3.B. 1958

<sup>9</sup> Tezcan, Durmuş – Erdem, Mustafa Ruhan – Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 9.Baskı, Şubat 2013, s.195, Erman, Sahir – Özek, Çetin, Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul 1994, s.94, prg.43, Önder, Ayhan, Şahıslara Ve Mala Karşı Cürümler Ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s.97, Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1998, Beta Yayın On beşinci Bası, s.112, no.78, Toroslu, Ceza Hukuku Özel, s.41; Centel, Nur – Zafer, Hamide – Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, 2.bası, İstanbul Mart 2011; Schmidt, Rolf – Priebe, Klaus, Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 2.Bası, 2003, s.75, Keskin-Kızıroğlu, Serap, "Federal Almanya ve Avusturya Hukuklarında Kasten Yaralama Suçu", iç.: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Mayıs-Haziran 2010, Sayı.69-70, s.21, Yaşar, Osman – Gökcan, Hasan Tahsin – Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt.III, Ankara 2010, s.2900

## II. Maddi Unsur

### a.Fail

Kasten yaralama suçu fail yönünden bir özellik sergilememektedir. Bu suç herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Ancak, TCK.'nun 86.maddesinin (3). paragrafının 'a'' ve 'd'' bentlerinde kasten yaralama suçunun fail yönünden özellik taşıyan halleri suçu etkileyen ağırlaştırıcı nedenlerden sayılmıştır.

### b.Mağdur

Kasten yaralama suçunda mağdur hayatta olan insandır. Mağdurun, kasten yaralama suçunda aynı zamanda fail olması olanaksızdır. Ancak fail, bizzat mağduru araç olarak kullanmış olabilir; bu durumda mağdur görünüşte kendi kendini yaralamış gibi olsa da gerçekte dolaylı faillik (TCK. 37/(2) söz konusu olur. Örneğin bir bağımlıya alkol sağlayan kişi, sağlığın zarara uğramasına neden olacağından dolayısıyla fail olarak cezalandırılabilir. Bu suçun mağduru, failden başka biridir. Alman Hukuku'nda da yaralamanın yöneldiği kişi, öldürme suçunda olduğu gibi yaşayan bir başka kişi olmalıdır. Kişinin kendi kendini yaralaması suç değildir. Ancak, kişinin kendisini askerlikten kurtarmak amacıyla sakatlaması 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 79.maddesine göre askeri suçtur.

Bu husus, Federal Alman Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerinde Beşinci Bölümde yer alan "Ülke Savunmasına Karşı Suçlar"dan biri ve bu bölümdeki ilk suçtur (Alm.C.K.md.109- ayrıca Alman Askeri Ceza Kanunu md.17'de kendini sakatlamak askeri suç vardır)<sup>10</sup>.

Kasten yaralama suçu, mağdur yönünden bir özellik sergilememektedir. Ancak, tıpkı failde olduğu gibi, suçun mağdur yönünden özellik sergileyen halleri suçu etkileyen ağırlaştırıcı nedenlerden sayılmıştır.

### c. Hareket ve Netice

TCK.'nun 86/(1). maddesine göre '*kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*'

---

<sup>10</sup> Lackner, Karl-Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 17.Bölüm,no.1, 23.Bası, München 1999, md.223,no.2; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar 25.B. 1997 md.223,no.9; Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte Gegen die Person und die Allgemeinheit, 2.Bası, 1999 München, s.67, no.3,4



Kasten yaralama suçunda hareket, vücuda acı verici veya sağlığı ya da algılama yeteneğini bozucu harekettir. Bu niteliğiyle suç, seçimlik hareketli suçtur. Söz konusu nitelikteki hareketlerden herhangi birinin varlığı yeterlidir.

**Vücuda acı verme**, mağdurun bedenine yönelik her türlü bedenen acı verici, eski deyişle ‘‘cismen eza’’ niteliğindeki harekettir. Bu bakımdan örneğin, 765 sayılı önceki TCK.’da olduğu gibi, 5237 sayılı yürürlükteki TCK. uygulamasında da mağdurun saçını çekmek vücuda acı verme fiilini oluşturduğu halde, yalnızca saç kesme eylemi vücuda acı verme kavramı içine sokulamayacaktır. Fakat suç, seçimlik hareketli suç olduğundan kanaatimizce Yargıtay’ın mağdurda ‘‘elem ve teessür’’ meydana getiren her türlü hareketin, 5237 sayılı TCK.nın bu suça verdiği adla ‘‘yaralama’’, bizim görüşümüze göre ise etkili eylem olarak kabul edilmesi yönündeki önceki içtihadı<sup>11</sup> bugün de geçerliliğini sürdürmektedir. Yapılan hareketin nesnel olarak vücuda acı verici nitelikte olması yeterli olup, somut olayda mağdurun bu hareketten fiilen acı duymamış olması fiilin tipe uygunluğunu etkilemez.

Federal Alman Hukukunda da somut durumda failin hareketinin acı uyandırması ya da mağdurun acıyı algılaması önemli değildir. Bu nedenle uyku halinde olan, bilinçsiz ya da acıları algılama yetisini tamamen yitirmiş bir kişiye de kasten yaralama suçu işlenebilir. Bu noktada önemli olan, nesnel bakış açıdır.<sup>12</sup>

**Sağlığı bozma** (765 sayılı önceki TCK.’nda sıhhati ihlal), mağdurun sağlığında her türlü maddi veya manevi saldırılarla yaratılmış düzensizliktir. Dünya Sağlık Örgütü’nün kuruluş yasasına göre sağlık, yalnızca hastalık ya da sakatlık halinin olmayışı değil, bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyi oluş durumudur.<sup>13</sup> Hastalık, bir doku, organ ya da sistemin gözle görülebilir, ölçülebilir belirtilerle ortaya çıkan ve kişilerde belirli yakınmalarla kendini belli eden fonksiyon bozukluğudur. Sakatlık, kişilerin bedensel etkinliklerini ve duyularını etkileyen kaza veya hastalıklar sonucu meydana gelen fonksiyon kaybıdır. Bedensel iyilik hali hasta ya da sakat olmama durumudur. Ruhsal iyilik hali ise kişinin çevresiyle uyum içinde yaşaması, güçlüklerle direnebilmesi, yeni koşullara uyum gösterebilmesidir. Kişilerin etkileşim içinde olduğu çevresinden olumlu etkilenmesi sosyal iyilik halidir.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Bkz.Dönmezer, Kişilere, s.113, dn.2

<sup>12</sup> Schönke-Schröder, md.223,no.4a; Hohmann/Sander, Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und gegen die Allgemeinheit, München 2000, s.47, no.6

<sup>13</sup> Hayran, Osman, ‘‘Sağlık ve Hastalık’’ iç: Hastane Yönetimi, s.11, Editörler. Prof.Dr.Haydar Sur-Uzm.Dr.Tunçay Palteki, Nobel Tıp Kitabevleri, 2013

<sup>14</sup> www.meb.gov.tr adresinden Sağlık Bilgisi 1 kitabından alınmıştır.(Erişim tarihi 17.06.2013)

Hastalığın sağlığın bozulması sayılacağı doğaldır. Fakat sağlığın bozulması ifadesi yalnızca hastalıkla sınırlı değildir. Bir kimseye ilaç içirerek bir süreliğine ishal olmasına neden olmak gibi hastalık sayılamayacak bozukluklar da bu kavram içindedir. Ayrıca, var olan bir hastalığın artmasına neden olmak da sağlığın bozulmasıdır. Bu bağlamda, rıza ile cinsel ilişki sonucunda mağdura AIDS virüsü veya başka bir zührevi hastalığın bulaştırılması, mağdur hastalanmayıp, yalnızca taşıyıcı grubuna girmiş olsa da sağlığın bozulmasıdır. Bunun gibi, vücutta meydana getirilen ve çoğu kez kendi kendine geçen morluklar, sıyrıklar, yarıklar, şişkinlikler de sağlığın bozulmasıdır<sup>15</sup>.

Federal Alman Hukukunda sağlığa zarar vermek kavramından esaslı nitelikte patolojik rahatsızlık ya da böyle bir durumun şiddetlenmesi sonucunu doğurmak anlaşılmaktadır. Mağdurun bedensel işlevlerinin normal durumundan farklılık gösteren ve sonradan ortaya çıkan her durum patolojik (Krankhaft) kabul edilmektedir. Örneğin hastalıklar, bulaşıcı rahatsızlıklar, kırıklar, yaralar, kanamalar, zehirlenmeler, sarhoşluk, uyuşukluk, ayrıca alkol, uyuşturucu ya da ilaç kullanımı nedeniyle uyku ya da bilinçsizlik durumu böyledir. AIDS virüsü bakımından bunun vücuda yalnızca bulaştırılmış olması sağlığa zarar verme hareketini oluşturmaktadır. Çünkü AIDS virüsünün vücuttaki algılanabilir değişikliklerden bağımsız, nesnel olarak vücudun normal durumunda çok derin değişikliğe yol açtığı kabul edilmektedir. Bundan başka, pek çok kez gerçekleştirilen röntgen çekimleri de klinik olarak zararlar hemen algılanabilir ve uzun süreli zararların başlayacağı peşinen söylenemezse de, hücre yapısındaki zedelenme ve buna bağlı yüksek zarar riski nedeniyle tipe uygun eylemdir.<sup>16</sup> Esaslı nitelikte olmayan sonuçlara örnek olarak ise, hafif nezle, zararsız lekeler ve çok az miktardaki alkol kullanımı gösterilmektedir.<sup>17</sup>

Federal Alman Hukukunda kasten yaralama suçunun diğer seçimlik fiili kötü muameleden farklı olarak, mağdurun ruhsal durumunda yaratılan patolojik bozukluk veya var olan ruhsal patolojik bozukluğun artırılması da sağlığa zarar verme kavramı içerisinde yer almaktadır.<sup>18</sup>

Öğretide, gebeliğin sağlığı için ağır tehlike oluşturacağını bildiği bir kişiyi rızaya dayanan cinsel ilişki ile kasten gebe bırakan kişinin fiili de bu kapsamda değerlendirilmektedir.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Erman-Özek, Kişilere, s.100

<sup>16</sup> Schönke-Schröder, md.223,no.7;Lackner-Kühl, md.223,no.4,5; Rengier R., s.69, no.11; Hohmann/Sander, s.48,no.7; Schroth U., s.70

<sup>17</sup> Rengier R., s.69, no.12

<sup>18</sup> Schönke-Schröder, md.223,no.6

<sup>19</sup> Toroslu, s.42

Türk Ceza Kanunu'nda kasten yaralama fiilinin, mağdurun iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa yakalanmasına neden olması suçun ağırlaştırıcı halidir(TCK.87/(2),a).

**Algılama yeteneğinin bozulması** (765 sayılı önceki TCK.'nda akli melekelerde teşevvüş) kavramı ile kişinin normal ruhsal yapısında meydana getirilen geçici düzensizlik ifade edilmektedir. Bayılma, korkutulma, sarhoş edilme, uyuşturulma durumları önceden olduğu gibi bugün de algılama yeteneğinin bozulmasıdır. Örneğin, içeridekileri korkutmak için ev önünde fişek patlatılması, konutun tavanına gürültülü darbeler vurarak içindekilerin sinir sistemini bozmak, kişinin başı üzerinden ateş ederek onu şoka sokmak<sup>20</sup>

Kişinin algılama yeteneğinin bozulması, aslında kişinin ruhsal iyilik durumunun, diğer deyişle ruhsal sağlığının geçici bozukluğudur. Bu nedenle kasten yaralama suçunda sağlığın bozulması kavramı yanında ayrıca algılama yeteneğinin bozulması kavramına yer verilmesi gereksizdir<sup>21</sup>. Akıl hastalığına yakalanmak bu kavram içinde değerlendirilmez. Algılama yeteneğindeki bozukluk, akıl hastalığı derecesine ulaşacak olursa “yaralama” suçunun ağır şekli söz konusu olabilir(md.87/2.a)<sup>22</sup>. Ancak 5237 sayılı yürürlükteki TCK.'nda bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için “iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığın” varlığı gerektiğinden, iyileşmesi olanağı bulunan akıl hastalıklarının da 5237 sayılı TCK.'nda suçun söz konusu bu basit şekli içerisinde değerlendirmek ve sağlığın bozulması olarak kabul etmek gerekecektir.

Federal Alman Hukukunda kasten yaralama suçunun basit şeklinde bedensel kötü muamele (körperliche Misshandlung) ile sağlığa zarar vermek (Gesundheitsbeschädigung) fiilleri maddi unsur olarak yer aldığından, söz konusu olan fiziksel rahatsızlıklardır. Heyecan, endişe, korku, tiksinti veya gece gelen rahatsız edici telefonlardan oluşan uyku bozukluğu gibi ruhsal rahatsızlıklar, Türk Hukukunun aksine tek başlarına kasten yaralama suçunu oluşturamazlar. Ancak bu ruhsal rahatsızlıklar dolaylı olarak, şoka girmek gibi, mide veya baş ağrısı, titremek, baş dönmesi, iç bulantısı, sinirlilik gibi bedensel sonuçlara yol açacak olurlarsa yaralama suçunu oluştururlar. Bundan dolayı, mağduru yalnızca korkutmak Federal Alman Hukukuna göre kasten yaralama suçu değildir; ancak, bu korku nedeniyle oluşan kalp krizi yaralamayı oluşturur.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Dönmezer, Kişilere, s.114

<sup>21</sup> Aynı görüşte Tezcan-Erdem-Önok, s.200, Centel-Zafer-Çakmut, s.134

<sup>22</sup> Toroslu, s.44

<sup>23</sup> Schönke-Schröder, md.223,no.4; Rengier R., s.68-69, no.10; Hohmann/Sander, s.47, no.5; Lackner-Kühl, md.223,no.4,5; Schroth, Ulrich, Strafrecht Besonderer Teil, Richard Boorberg Verlag, 2000 3.Bası, s.69-70

Kasten yaralama suçu, genellikle neticesi harekete bitişik suçtur.

Suç, icrai hareketle işlenebileceği gibi, ihmali hareketle de işlenebilir. Kasten yaralamanın ihmali hareketle işlenmesi TCK.'nun 88. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir.

#### **d. Nedensellik Bağı**

Kasten yaralama suçunun oluşabilmesi için, mağdurun vücuduna acı verme veya sağlığını ya da algılama yeteneğini bozma sonucuna failin hareketinin neden olması gerekir. Diğer deyişle failin hareketi ile suç tipindeki bu sonuçlar arasında nedensellik bağının kurulabilmesi zorunludur. Kanımca, failin hareketi suç tipindeki sonucun doğrudan doğruya zorunlu koşulu ise hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının varlığını kabul etmek gerekir; araya tesadüflerin girmesi nedeniyle sonucun gerçekleştiği biçimiyle doğması durumunda ise failin hareketinin teşebbüs derecesinde kaldığını kabul etmek gerekir.

Bu konuda Yargıtay'ın hem mağdurun ırzına geçmeye yönelik saldırıdan kurtulmak için balkondan aşağıya atlayıp yaralanması eyleminde nedensellik bağının bulunduğu<sup>24</sup> ilişkin kararına, hem de mağdurun kaçarken düşerek yaralanması ile failin taş atması hareketi arasında nedensellik bağının bulunmadığına ilişkin kararına katılmaktayım<sup>25</sup>.

Federal Alman Hukukunda, özellikle sonuç nedeniyle ağırlaşan suçlarda temel suç tipine yönelik hareket ve gerçekleşen ağır sonuç arasında isnadiyet bağı (Zurächnungszusammenhang) kurmak güç olmaktadır. Bu tür suçlarda, öngörülen cezanın ağırlığı nedeniyle şart teorisi anlamında yalın bir nedensellik bağının (Kausalzusammenhang) yeterli olmayacağı kabul edilmektedir. Burada daha çok, temel suç ile istenmeyen ağır sonuç arasında özel bir bağı, gerçekleşen tehlike bağının (Gefahrverwirklichungszusammenhang) veya tehlike bağının (Gefahrzusammenhang) bulunması aranmaktadır. Sözü edilen bu bağ yerine, temel suç ile ağır sonuç arasındaki doğrudan doğruyalık bağından da (Unmittelbarkeitszusammenhang) söz edildiği görülmektedir.<sup>26</sup> Ancak gerçekleşen tehlike bağının nasıl bir anlam taşıdığı tartışmalıdır. Öğretideki yaygın düşünceye göre, istenmeyen ağır sonuç, kasten gerçekleştirilmiş

<sup>24</sup> Aynı yönde Y.4.C.D.9.11.1982 E.1982/6011,K.1982/6479(YKD.1983-3/429;ayrıca Bkz.Dönmezer, Kişilere, s.114, d.n.5bis; Erman-Özek, Kişilere, s.99

<sup>25</sup> Bkz. Belirtilen son karar açısından Karşit görüş Tezcan-Erdem-Önok, s.197, dn.20; Toroslu, s.44

<sup>26</sup> Schlüchter Ellen, Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz, Thüningersheim 1998, s.42, no.8

temel suç tipindeki sonuçtan doğmalıdır. Ancak Federal Yüksek Mahkeme bu görüşü reddetmiş ve bu ağır sonuç, temel suç tipindeki hareketten doğmuş ise sonuç nedeniyle ağırlaşan suça ilişkin hükmü uygulamıştır. Federal Yüksek Mahkeme'nin gerekçesine göre, gerek basit kasten yaralamada gerekse tehlikeli yaralamada, yasada kullanılan dil, yaralama hareketlerini tanımlamakta olduğundan bu sonuca ulaşılmıştır.<sup>27</sup>

Yine Federal Alman Yüksek Mahkemesine göre, mağdurun hareketinin eklenmesi nedeniyle ağır sonuç meydana gelmişse, bunun, failin hareketi ile gerçekleşen sonuç arasındaki bağı kesebilmesi için, mağdurun bu hareketi yaparken, failin fiilinin etkisi olmadan kişisel sorumluluk altında hareket edebilme serbestisine sahip olması gerekmektedir. Örneğin, faillerin yaralaması sonucunda paniğe kapılıp, bu panik hali içinde camdan atlayarak kurtulmaya çalışan mağdurun hareketi isnadiyet bağı kesmez.<sup>28</sup> Ancak mağdur, kendi özgür iradesiyle yaşamı kurtarıcı tıbbi müdahaleyi reddetmiş ise isnadiyet bağı kesilir.<sup>29</sup> Fakat bu örnekte de mağdur eğer kronik alkolik ise, onun tıbbi müdahaleyi reddedici davranışının isnadiyet bağı kesmediği kabul edilmektedir.<sup>30</sup> Üçüncü kişinin hareketi bakımından ise, önceki yaralamadan sonra gelen başka bir kasten yaralamanın varlığında, önceki yaralama bakımından aradaki bağı kesildiğinden söz edilmektedir.<sup>31</sup>

#### e. Teşebbüs

Kasten yaralama suçu neticesi harekete bitişik suç olmakla beraber, icra hareketine başlanmış olmasına rağmen bu hareketin tamamlanmamış olması durumunda suç teşebbüs derecesinde kalmış olur.

Fakat kanımca, kasten yaralama suçunun TCK.'nun 87.maddesinde yer alan netice sebebiyle ağırlaşmış şeklinde bu suça teşebbüs olanaklı değildir<sup>32</sup>. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edebilmemiz için gerçekleşen neticenin fail açısından istenmeyen netice olması ya da doğrudan doğruya istenen netice olmaması zorunludur. Failin doğrudan

<sup>27</sup> BGH.St.14,110

<sup>28</sup> BGH. NJW.1992,1708

<sup>29</sup> Rengier, s.91, no.9

<sup>30</sup> BGH. NStZ. 1994, 394

<sup>31</sup> Rengier R., s.91,no.11

<sup>32</sup> Karşıt Görüş, Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel, s.204; Aynı görüş Önder, Şahıslara, s.101; Dönmezer, Kişilere, s.115:”Müessir fiilin..maddesinde açıklanan diğer dereceleri bakımından netice sebebiyle ağırlaşan cürüm hali ve bu dereceler bakımından belirli olmayan kast söz konusu olduğundan suçun bu derecelerinin bünye ve niteliği teşebbüse elverişli yatkın değildir. Ağırlaştırıcı sebeplerin gerçekleşmiş sayılması için suçun tamamlanmış bulunması şart olduğundan, ağırlaştırıcı sebebin müessir fiilin neticelerine bağlı tutulmuş olduğu hallerde teşebbüs söz konusu olamaz.”

doğruya istediği bir neticeye yönelik suçun, netice sebebiyle ağırlaşmış suç sayılması mantığa aykırıdır. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçta istenmeyen neticenin veya doğrudan doğruya istenmeyip ancak kabul iradesi bulunan olası neticenin gerçekleşmesi olgusu söz konusu olduğu için de bu nitelikteki suçlara teşebbüs olanaksızdır. Dolayısıyla, kasten yaralama suçunun TCK.'nun 87.maddesinde yer alan netice sebebiyle ağırlaşmış şeklinde suç, teşebbüse elverişli değildir.

Netice sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçunun, doğrudan kastla işlenebilir şeklinin yasada yer almaması bu açıdan bir eksikliktir. Çünkü fail, doğrudan doğruya söz konusu bu ağır neticelere yönelik kast içinde bulunup, kastettiği sonucu gerçekleştirememiş olabilir. Bu olasılıkta faili, suçun basit şeklinden ya da basit şekline teşebbüsten cezalandırmak orantısız kalır.

Bu noktada, kasten yaralamanın kişi üzerindeki etkisinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması durumunda hem daha az ceza hem de muhakemede şikâyet koşulu öngören TCK.'nun 86/(2). maddesinin, suçun teşebbüs derecesinde kalması durumunda uygulanmamasının kabul edilemeyeceği görüşüne katılmakla birlikte<sup>33</sup> yasal düzenleme karşısında teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı kanaatindeyim. Teşebbüs derecesinde kalmış bir yaralamada ortada bir netice bulunmadığından, bunun basit tıbbi müdahale ile giderilebilir niteliğinin tespiti de söz konusu olamaz. Bu konudaki ölçüt, ancak kasten yaralama suçundaki hareket olabilir; dolayısıyla ayrı yasal düzenlemeyi gerektirir. Böyle bir yasal düzenleme bulunmadığı için de suç teşebbüs derecesinde kalmış ise, TCK.'nun 86/(2). maddesini uygulamak olanaksızdır. Aksi yorum, kıyas olur!

### III. Hukuka Aykırılık Unsuru

Kasten yaralama suçunda, suçun hukuka aykırılık unsurunu **meşru savunma, zorunluluk hali** (TCK.md.25) gibi bilinen bütün hukuka uygunluk nedenleri engelleyebilir. Meşru savunmada, kişi mevcut bir saldırıdan kurtulmak için saldırgana karşı, zorunluluk halinde ise bilerek sebebiyet vermediği mevcut bir tehlikeden kurtulmak için başkasına karşı kasten yaralama fiilini işlerse fiilinde söz konusu hukuka uygunluk nedenleri, diğer koşullarının da varlığı halinde söz konusu olabilecektir. Bunun gibi, **kanunun hükmünü ve amirin emrini ifa** (TCK.md.24) da kasten yaralama suçunda hukuka aykırılığı engelleyen diğer bir hukuka uygunluk nedenini oluşturabilir. Bu çerçevede, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 16.maddesi ile 2803 sayılı Jandarma Teşkilat,

---

<sup>33</sup> Tezcan-Erdem-Önok, s.204

Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 11. maddesine göre iç güvenlik birimleri olarak polis ve jandarmanın zor ve silah kullanma yetkileri bulunmaktadır. Ancak, kamu görevlilerinin zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması hali Türk Ceza Kanunu'nunda "Millete ve Devlete karşı Suçlar" kısmında, "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" bölümünde yer alan suçlardan sayılmıştır. Söz konusu bölümde yer alan TCK.'nun 256.maddesi hükmüne göre, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

**Mağdurun rızası** (TCK.md.26/(2), kişinin vücut dokunulmazlığı hakkı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmek hakkının sınırları içinde kaldığı takdirde hukuka uygunluk nedenini oluşturur<sup>34</sup>. Anayasa'nın 17.maddesine göre "kişinin vücut bütünlüğüne tıbbi müdahaleler ve kanunda belirtilen haller dışında dokunulamaz. Kişinin rızası dışında tıbbi veya bilimsel deney yapılamaz." Ancak TCK.'nun 86/(2).maddesine göre kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde suç, muhakemesi açısından şikâyete bağlı tutulmuştur. Fakat burada da dikkat edilmelidir ki, şikâyet koşulu, Ceza Hukukunda fiilin hukuka aykırılığını engelleyen bir hukuka uygunluk nedeni değil, hukuka aykırılık dâhil, tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suçun Ceza Muhakemesi Hukukunda soruşturma ve kovuşturma koşuludur. Dolayısıyla kasten yaralama suçunda yalnızca TCK.'nun 86/(2). maddesindeki hafif yaralama bakımından mağdurun rızasının fiili hukuka uygun hale getirebileceğini kabul eden görüşe katılmamaktayım<sup>35</sup>. Kasten yaralama suçunun sonuç nedeniyle ağırlaşmış şeklinde mağdurun rızasının suçun hukuka uygun hale getirmeyeceğini kabul etmekle birlikte, TCK.'nun 86/(1).maddesindeki basit şekli açısından hukuka uygunluğun doğabileceği kanaatindeyim.

Tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakilleri gibi<sup>36</sup> özel olarak düzenlenmiş alanlar dışında kişinin vücut dokunulmazlığı hakkının sınırlarının belirlenmesinde kamu düzeni ve genel ahlak ölçütleri ele alınmaktadır<sup>37</sup>. Kanaatimce burada alınabilecek tek ölçüt insan haklarına dayalı hukuk düzeni kavramıdır. Kişinin rızası hukuk düzenine ve bu bağlamda insanlık onuruna aykırı düşerse rızası hukuken geçerli olmaz. Bu

<sup>34</sup> Erman-Özek, Kişilere, s.105;Bu konuda ayrıca BKZ. Ekici Şahin, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul, Ocak 2012, s.116,287 vd.; Yaşar-Gökcan-Artuç, s.2910

<sup>35</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç. s.2910

<sup>36</sup> Bkz.2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun

<sup>37</sup> Ekici Şahin, s.117

çerçevede kişinin vücuduna iğneli epilasyon, ağda, dövme gibi canı acıtıcı uygulamalar yaptırtması, erkek çocukların sünnet ettirilmesi, ehil kişilere yaptırıldıkları takdirde hukuka uygundur. Ancak, kişinin kendisine söz gelimi tokat atılmasına razı olması fiili hukuka uygun hale getirmez.

Federal Alman Hukuku'nda mağdurun rızası, kasten yaralama suçunda özel olarak düzenlenmiştir ve mağdurun rızası kasten yaralama suçunda kural olarak hukuka uygunluk nedeni sayılmıştır. Alman Ceza Kanunu'nun özel kısmında beden dokunulmazlığına karşı suçların düzenlendiği 17.Bölümündeki 228.maddesine göre<sup>38</sup> “Her kim mağdurun rızasıyla bir yaralama yaparsa, fiilin, rızaya rağmen genel ahlaka aykırılığı halinde hukuka aykırı hareket etmiş olur.” Buradaki rıza, kural olarak hem yaralama hareketini hem de yaralamanın sonucunu kapsayan bir rızadır<sup>39</sup>. Bu hüküm, Alman Ceza Kanunu'nun 1998 değişikliğinden önceki 226a maddesini karşılamaktadır. Yasa koyucu Alman Ceza Kanunu'ndaki bu hükümle, adam öldürme suçundan farklı olarak yaralama suçunda, bir başkasının mağdura karşı yaralama fiilinde bulunmasına mağdurun rıza vermesini hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir. Ancak, mağdurun rızasının yaralamada hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için, yaralamanın genel ahlaka aykırı olmaması da zorunludur. Bu noktada genel ahlaka aykırılıktan anlaşılana ise, makul ve adil düşünen herkesin edep duygusuna karşı ve bu nedenle de ortak yaşamın temel düzenine aykırı düşmektir<sup>40</sup>. Bu bağlamda Federal Alman Ceza Hukukunda baskın görüşe göre, yaralamanın amacına, çerçevesine ve tarzına dikkat edilmesi gerekmektedir. Burada önemli olan, rızanın genel ahlakı zedelemesi değil, yaralama fiilinin genel ahlakı zedelemesidir. Yaralamada mağdurun rızasında aranan bu koşulun arkasında, bedensel dokunulmazlık üzerindeki belirli tasarrufların genel yarar ile çatışabileceği düşüncesi yatmaktadır<sup>41</sup>. Mağdurun rızasındaki genel ahlaka aykırılık kavramının belirsiz ve bu nedenle de söz konusu normun Alman Anayasa'sının 103/(2).<sup>42</sup> maddesinde yer alan cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu, ayrıca genel ahlaka aykırılığı somutlaştırmak için

---

<sup>38</sup> § 228 Einwilligung

Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. (www.dejure.org) erişim tarihi 26.06.2013

<sup>39</sup> Lackner-Kühl, md.228, no.2

<sup>40</sup> BayObLG. NJW 1999,sh.372,373(zikr.Rengier,sh.100,no.2); Lackner-Kühl, md.228, no.10; Hohmann/Sander, sh.50,no.14

<sup>41</sup> Rengier R.,sh.100,no.2

<sup>42</sup> Alman Anayasası Madde 103/(2): Bir fiil ancak, fiil işlenmeden önce cezalandırılabilirliği yasal olarak belirlenmişse cezalandırılabilir.



hukuk düzeni hiç bir değerlendirme aracı sunmadığından, söz konusu normun işlevsiz kalacağı düşüncesi de kendisini göstermektedir<sup>43</sup>.

Alm.CK.'nun 228.maddesindeki düzenlemede yer alan mağdurun rızasındaki genel ahlaka aykırılık olgusu, yaralamanın başkası tarafından işlenmesinde söz konusu olur. Bu nedenle, eğer yaralamayı isnad yeteneğine sahip mağdur, bizzat kendisi işler veya kendisini yaralama sonucunu doğurabilecek bir tehlikeye atar ve başkası da onun bu fiiline yardımcı olursa, kişinin kendi kendini yaralaması suç tipine uygun olmadığından, yardım eden durumundaki kişi iştiraktan cezalandırılmaz.<sup>44</sup>

Diğer deyişle Alm.CK.'nun 228.maddesinin uygulanabilmesi için, mağdurun rızası ile yaralamayı veya yaralama tehlikesi sonucunu doğurabilecek tehlikeli-rizikolu hareketi bizzat üçüncü kişinin yapması zorunludur. Riskli harekete rızada mağdur, kaderini kendi serbest iradesiyle bütün riski-tehlikeyi bilerek üçüncü kişinin ellerine terk etmektedir<sup>45</sup>. Alm.CK.'nun 228.maddesindeki mağdurun rızasına ilişkin hükmün taksirli yaralamalarda da uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ancak taksirli yaralamadaki rıza, doğal olarak sonradan gerçekleşmiş yaralama sonucuna değil, tehlikeli-riskli hareketin yapılmasına ilişkindir<sup>46</sup>.

Hukuka uygunluk nedenini oluşturabilmesi için mağdurun rızası fiilden önce ve fiilin işlendiği sırada bulunmalıdır. Ayrıca bu rıza, ciddi, özgür ve kapsamı konusunda bilinçli, korunan hukuksal yarardan vazgeçme iradesini ortaya koyan bir rıza olmak zorundadır<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 1999, s.259- zikr.Lackner-Kühl, md.228, no.11

<sup>44</sup> BayObLG. NJW. 1995, 797,798; Lackner-Kühl, md.228,no.2b

<sup>45</sup> BayObLG. NJW. 1990, 131,132; Lackner-Kühl, md.228, no.2b ve 2a (Yazarlar, riskli hareketlerdeki hukuka uygunluğun öğretide farklı bakış açılarına dayandırıldığını da belirtmektedirler: İzin verilen risk, nesnel isnadiyet koşulları, sosyal uygunluk ya da hukuk dışı serbest alan bakış açıları gibi.)

<sup>46</sup> Bu değerlendirmenin ve dolayısıyla fiilin hukuka uygunluğu nedeniyle suç oluşturmayıp, cezalandırılmaması sonucunun tehlikeli-riskli hareket sonucunda ölüm meydana geldiğinde de geçerli olup olmadığı Federal Alman Ceza Hukukunda tartışmalıdır. Bir düşünce, Alman Ceza Kanunu'nun 216.maddesinde ötanazi cezalandırıldığı için, mağdurun serbest iradesiyle rıza gösterdiği üçüncü kişinin taksirli-riskli hareketinden ölüm sonucu meydana gelecek olursa, buradaki rızanın geçerli olmayacağı şeklindedir. Buna karşın diğer görüş, taksirli suçlardaki rızanın suç tipindeki sonuca değil, yaşam için tehlikeli olan harekete ilişkin olduğunu vurgulamakta ve Alm.CK.'nun ötanaziyi cezalandıran 216.maddesindeki mağdurun rızasının ise tipteki sonuca yönelik olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bu düşünceye göre, taksirli suçlarda yaşamı tehlikeye sokan harekete mağdurun rızasının hukuksal etkinliği, az ya da çok tesadüfi olan ölüm ya da yaralama sonucuna bağlanamaz(Rengier R. s.103,no.11,12).

<sup>47</sup> Lackner-Kühl, md.228, no.6,8

Kasten yaralama suçunda **tıbbi müdahalelerde** mağdurun rızası kapsamında kasten yaralama fiilinin hukuka uygunluğu söz konusu olmaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenini oluşturabilmesi için ayrıca bu müdahalenin tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kişiler tarafından tıp biliminin kurallarına ve esaslarına uygun olarak yapılmış olması gerekir<sup>48</sup>. Alman Ceza Hukukunda içtihatla her tıbbi müdahalenin, tıbben gerekli, başarılı ve tıp sanatının bütün kurallarına uyularak yapılmış olsa bile tipe uygun bir fiil olduğu kabul edilmektedir. Ancak tipe uygun bu fiil, mağdurun açık veya muhtemel rızası ile hukuka uygun bir fiil olur. Dolayısıyla, mağdurun rızasına ilişkin kuralların uygulanmasıyla, hekimin hastayı aydınlatma-bilgilendirme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Hekim, amaçlanan müdahalenin kapsamı, riskleri ve şansları hakkında, hasta bilinçli olduğu takdirde bizzat kendisini tam ve doğru olarak aydınlatmak zorundadır<sup>49</sup>. Aydınlatma yükümlülüğü bu bağlamda üç ana başlıkta toplanmaktadır: Teşhise ilişkin aydınlatma, tedavinin akışına ilişkin aydınlatma ve risklere ilişkin aydınlatma! Hasta, öncelikle hastalığının ne olduğu, hatta muhtemelen ölüm tehlikesinin de bulunduğu hususunda, sonra tedavinin biçimi, çerçevesi, işleyişi ve sonuçları, daha sonra da, istatistiksel bir önemi varsa müdahalenin sonuçları hususunda aydınlatılmak zorundadır. Hekimin aydınlatma görevi sınırını yine kendi içinde bulmaktadır. Buna göre, eğer hastanın belirtilen bu hususlarda bilgilendirilmesi, tıbbi müdahalenin kendisine göre daha riskli olacak ise, hasta sınırlı ya da hiç bilgilendirilmeyebilir. Bundan başka hasta, müdahale hakkında önceden yeterince bilgi sahibi ise ya da aydınlatılmak istemiyorsa ve bu istememenin anlamını da görebiliyorsa, hekimin, hastayı aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı kabul edilmektedir.<sup>50</sup>

Aydınlatılması gereken kişi bizzat hastanın kendisidir. Tıbbi müdahalede kişiye sıkı surette bağlı bir hak görüldüğünden rızanın geçerli olabilmesi için hastanın ne Medeni Hukuktaki fiil ehliyetine ne de Ceza Hukukundaki kusur yeteneğine sahip olması gereklidir. Rızanın, doğal bir kavrama ve karar verebilme yeteneğine (Einsichts-und Urteilsfähigkeit) sahip mağdur tarafından verilmiş olması gerekli ve yeterlidir.<sup>51</sup> Bu yetenek, reşit, akli başında bir hastada, hastalığın getirdiği ağrılara kendini odaklamış

<sup>48</sup> Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.24; Çakmut, Özlem Yenerer Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003; Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2003, s.92

<sup>49</sup> Bu konuda BKZ. Erman, Barış, s.99 vd.

<sup>50</sup> BGHSt.35,246; Rengier R., s.70, no.15; Lackner-Kühl, md.223, no.8 ve md.228, no.14; Schönke-Schröder, md.223,no.40,42; Schroth U., sh.72

<sup>51</sup> Schönke-Schröder,md.223, no.38

olması nedeniyle sınırlanmış olabileceği gibi, reşit olmayan ya da ruh hastası bir hasta da, eğer müdahalenin kapsamını ve önemini kendisinin yararına veya zararına olarak yeterince değerlendirebilecek durumda ise, tamamen geçerli bir rıza açıklamasında bulunabilir. Hastada bizzat karar verebilme yeteneği bulunmadığı takdirde hekim yasal temsilcinin rızasını almak zorundadır. Vesayet altında bulunan kişi bakımından ise eğer ölüm ya da ağır ve uzun süreli zararların ortaya çıkması tehlikesi varsa yalnızca vasiinin rızasının yeterli olmadığı, bunun yanında vesayet mahkemesinin de onayının gerekli olduğu belirtilmektedir. Tıbbi müdahale için gerekli olan rızanın yasal temsilciden de alınabilmesi olanaksız ise, muhtemel rıza ancak, rızayı açıklama hakkına sahip olan kişinin, önceden, açıkça, yanlış anlamaya yer vermeyecek biçimde tedaviye karşı açıklamalarda bulunmamış olması durumunda kabul edilebilmektedir.<sup>52</sup> Bundan başka, hekimin hastayı aydınlatmadığı durumda cezai sorumluluğunun, ancak hasta aydınlatılmış olsaydı müdahaleye rıza göstermeyeceği sabit olduğu takdirde kabul edilmektedir.<sup>53</sup>

Aydınlatmanın kural olarak bir şekli olmayıp, aydınlatmadaki asgari ölçü her somut olayın özelliklerine bağlıdır. Ancak müdahale ne kadar acil olursa, olası riskler üzerindeki aydınlatma görevinin ağırlığının da o kadar azaldığı belirtilmektedir. Hastanın aydınlatılmasının, ona karar vermek bakımından düşünme fırsatını bırakacak bir zaman içinde yapılması gerekliliği de ifade edilmektedir.<sup>54</sup>

Alman öğretisindeki baskın görüş ise farklı gerekçelerle de olsa tıbben gerekli ve tıbbi kurallara göre yapılan tıbbi müdahalenin tipe uygun bir fiil olmadığı yönündedir. Bir görüşe göre tıbbi müdahaleyi oluşturan hareketler, “kötü muamele“ ya da “sağlığa zarar vermek“ niteliğinde görülemezler; diğer görüşe göre ise bedensel bütünlüğe yönelik her zararlı hareketin koşulunu oluşturan, nesnel anlamda bedensel yararın zedelenmesi koşulu, tıbbi müdahalelerde bulunmamaktadır.<sup>55</sup>

Tıbbi müdahale, hastalıkları, acıları, bedendeki zararları, bedensel şikâyetleri ya da ruhsal zedelenmeleri önlemek, teşhis etmek, iyileştirmek ya

---

<sup>52</sup> Schönke-Schröder, md.223, no.38

<sup>53</sup> Lackner-Kühl, md.228, no.17a; Schönke-Schröder, md.223,no.40

<sup>54</sup> Lackner-Kühl, md.228, no.14; Schönke-Schröder, md.223,no.43; Schroth U., sh.72

<sup>55</sup> Lackner-Kühl, md.223, no.8; Bu konuda ayrıntı için bkz.Schönke-Schröder, md.223,no.28 vd. ; Alman Hukukunda 1998 Yılındaki 6. Ceza Hukuku Reformu ile içtihadın kabul ettiği görüşün daha da geçerli hale geldiği ileri sürülmektedir. Bunun nedeni, reform taslağında hekimin kendiliğinden yaptığı tıbbi müdahaleye ilişkin bir düzenleme bulunmasına karşın, daha sonra yasa koyucunun, hastanın kendi kaderini belirleme hakkının Alm.CK.‘nun 223 vd. maddelerindeki yaralama suçlarıyla etkin biçimde korunmasından yola çıkarak bu hükmü Ceza Kanunu’na almamasıdır(Schroth U. s.73).

da dindirmek amacıyla yapılan beden bütünlüğüne dokunucu nitelikteki müdahalelerdir. Bir tıbbi müdahale, tıp sanatının bilgi ve deneyimleri ile özenli bir hekimin ilkelerine göre belirtilen bu amaçlara ulaşmayı hedeflemişse tıbben gerekli bir müdahaledir. Bir tıbbi müdahale, tıp sanatının kabul edilmiş kurallarına uyularak yapıldığı takdirde tıbbi kurallara göre yapılmış bir müdahaledir. Somut durumun özellikleri aksini göstermedikçe tıbbi müdahaleye ilişkin geçerli kurallar psikoterapik tedaviler için de geçerlidir<sup>56</sup>. Nihayet Alman Öğretisi de bir noktada içtihatla örtüşmekte ve söz gelimi kozmetik operasyonlar, doping, çocuk aldırma, iradi kısırlaştırma, iradi organ nakli, insan üzerindeki bilimsel deneyler ve yapay dölleme gibi başka amaçlara hizmet eden tıbbi müdahalelerin kasten yaralama suçunda tipe uygunluğunu kabul etmektedir<sup>57</sup>.

**Eğitim ve terbiye hakkının** kasten yaralama suçunda hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmadığı da genellikle incelenmektedir. Kasten yaralama suçunun maddi unsurunu oluşturan vücuda acı verme veya sağlığın ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma niteliğindeki bir hareketin eğitim ve terbiye hakkı kapsamında olduğu kabul edilemez. Beden dokunulmazlığına yönelen ceza, disiplin cezası olarak kabul edilemeyeceği gibi, böyle bir cezanın eğitici olacağı da kabul edilemez; aksinin kabulü bireyi ezici niteliğiyle insanlık onurunu zedeler ve insan hakları kavramına aykırı düşer. Dolayısıyla bu nitelikteki bir davranış kasten yaralama suçunu oluşturabilecektir. Nitekim 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Velayet"i düzenlediği bölümünde velayetin kapsamına ilişkin olarak "Eğitim" başlıklı 340.maddesi hükmüne göre, ana ve baba çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimin sağlamak ve korumakla yükümlüdürler. Tüm bu belirtilenlerin vasi ve öğretmenler için de geçerliliği tartışılmaz.

Alman Hukukunda da eğitim ve terbiye hakkının kullanılmasındaki sınır aşıldığında kasten yaralama suçunun oluşabileceği kabul edilmektedir. Eğitim ve terbiye hakkının kaynağını yasalar oluşturabileceği gibi örf ve adet hukuku da oluşturabilir. Örneğin anne-baba için Alman Medeni Kanunu'nun(Alm.MK=BGB) 1626/(1) ve 1631/(1), nesebi sahih olmayan çocuk için Alm.MK.'nun 1626a/(2) ve vasi için Alm.MK.'nun 1800.maddelerinin bu hakkı verdiği belirtilmektedir. Ancak Alman Hukuku'nda Çocuk Hakları Yasası ile değiştirilmiş olan Medeni Kanunu'nun 1631/(2).maddesi, çocuğun şiddetten arınmış bir eğitim hakkına sahip olduğunu hüküm altına almakta, bedensel cezalandırmalara, ruhsal

---

<sup>56</sup> Lackner-Kühl, md.223, no.9

<sup>57</sup> Lackner-Kühl, md.223, no.10

zedelemelere ve diğer aşağılayıcı önlemlere izin verilmediği hükmünü taşımaktadır. Böylece, ebeveynin eğitim hakkı ile gerekçelendirilen eğitim ve terbiye hakkının, Alman Medeni Kanunu'nda ifade edilen bedene yönelik kötü muamelelerde geçerli olmayacağı sonucuna varılabileceği söylenmektedir. Ancak yasa koyucunun bu değişiklik ile ebeveynin cezalandırılabilme alanını genişletmeyi istemediği de açıklanmaktadır.<sup>58</sup>

Alman Hukukunda aile içinde eğitim ve terbiye hakkına sahip olan kişinin, yeterli nedenlerin varlığında bu hakkın kullanımını aileye yakın olan birine kısmen veya tamamen devredebileceği de kabul edilmektedir. Ancak bu yetkinin hiç bir zaman, okuldaki yetkisini genişletmek için öğretmene devredilemeyeceği de vurgulanmaktadır. İctihadın örf ve adet hukukuna dayanarak, öğretmene Aile Hukukundan kaynaklanmayan bağımsız bir eğitim hakkını tanımış olduğu, öğretmenin bu hakkının yönetsel tasarruflarla değil, ancak yasal normlarla kaldırılabilceğini kabul ettiği belirtilmektedir. Böylece, Federal Almanya'da birçok eyalette, öğretmenin eğitim ve terbiye hakkını yasaklayan "Okul Yasa"larının yürürlüğe girdiği de açıklanmaktadır (Örneğin Baden-Württemberg Eyaleti, Bayern Eyaleti gibi!) Henüz böyle bir yasaya sahip olmayan eyaletlerde ise, öğretmenin eğitim ve terbiye hakkının örf ve adet hukukuna göre varlığını hala sürdürdüğü düşüncesinin artık geçerliliğinin kalmadığı savunulmakta ve öğretmen yararına hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturan cezai haksızlığın bulunmadığı düşüncesinin de artık tartışılır olduğu; çünkü cezalandırmaya değerlilik bakış açısının tek başına yeterli, güvenilir bir sınır çizmede yetersiz olduğu görüşü de baskın olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>59</sup>

İslah evlerinde eğitim ve terbiye hakkı hususunun henüz kesin olarak açıklığa kavuşmadığı, fakat mesleki ilişkide ustanın, ayrıca din adamlarının eğitim ve terbiye hakkı bulunmadığı gibi, yabancı çocuklara karşı da eğitim ve terbiye hakkı bulunmamaktadır.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Alman Medeni Kanunu'nun 1631/(2).maddesi anlamındaki bedensel kötü muamelelerin, Alman Ceza Kanunu'nun 223.maddesindeki kötü muamele kavramından farklı olduğu; bu kavramın Alman Medeni Kanunu'na eklenmesiyle, bedene yönelik kötü muamelelerin de, bunları eğitsel bir önlem olarak geçersiz kılmak amacıyla, küçük düşürücü, aşağılayıcı eğitsel önlemlerden biri olarak kabul edildiği ileri sürülmektedir. Fakat yine de Alman Ceza Kanunu ile Alman Medeni Kanunu'ndaki bu kavramlar arasında bir özdeşlik bulunduğunun ileri sürülebileceği, bu durumda da eğitim ve terbiye hakkının varlığını sürdürebilmesi için ya Alman Ceza Kanunu'nun 223.maddesinin (kasten basit yaralama) kısıtlayıcı, Anayasaya uygun bir yorumuna gidilmesi ya da gerçek bir cezasızlık nedeninin kabul edilmesi zorunluluğunun olacağı da ifade edilmektedir(Lackner-Kühl, md.223, no.11).

<sup>59</sup>Lackner-Kühl, md.223, no.11; Hohmann/Sander,s.49,no.12; Schönke-Schröder,md.223, no.19-20 ve26

<sup>60</sup> Schönke-Schröder,md.223,no.25Lackner-Kühl, md.223, no.11

Türk Ceza Kanunu'nda "Aile Düzenine Karşı Suçlar" arasında TCK.'nun 232.maddesinde "idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde sahibi bulunduğu terbiye hakkında doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişi" kötü muamele suçunu işlemiş olur. Fakat Türk Ceza Kanunu'nda "232.madde kapsamındaki 'kötü muamele'" bedensel dokunulmazlığa dokunan ya da diğer deyişle bedene yönelik şiddet içermeyen hareketlerdir. Ancak TCK.'nun 232.maddesinin gerekçesine göre kötü muamele dahi mağdur üzerinde basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş ise artık kasten yaralama suçu oluşacaktır. Alman Ceza Kanunu'nda da kasten yaralama suçunun maddi unsuru olarak yalnızca kötü muamele kavramına değil, "bedensel kötü muamele" (körperliche Misshandlung) kavramına yer verilmiştir.

Eğitim ve terbiyenin ölçüsü ve tarzı, çocuğun bedensel yapısına, yaşına, yaptığı yanlısın büyüklüğüne ve somut eğitsel gerekliliklere uygun olmalıdır. Eğitim ve terbiye hareketi, tehlikeli, aşağılayıcı, küçük düşürücü, ya da açıkça çocuğun eğitimine zararlı veya beden dokunulmazlığına yönelik kötü muamele ise eğitim ve terbiye hakkındaki sınır aşılmıştır.<sup>61</sup>

Nihayet **spor faaliyetleri** sırasında oyunun kuralı dışında kalan hareketler kasten yaralama suçunu oluşturabilecektir. Oyunun kuralı içindeki aykırılık olarak kalan hareketler ise yaralanmalara neden olsalar bile oyun içinde "faul" olarak değerlendirilebilir; ancak kasten yaralama suçunu oluşturmazlar. Örneğin, bir atletizm yarışmasında rakibine çelme takıp, onun yaralanmasına veya acı duymasına neden olan atlet, kasten yaralama suçunu işlemiş olacağı halde, savunmanın gerisine düşüp gole gitmekte olan rakip takımın oyuncusuna çelme takıp düşüren futbolcu, ancak "fair play" dışında kalmış ve "faul" yapmış olur.

#### IV. Manevi Unsur

Kasten yaralama suçundaki kast, genel kasttır. Fail, suçun temel şeklinde kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek suçu işlemelidir. Bu bağlamda faildeki kastın, TCK.'nun 86/(1).maddesindeki vücuda acı vermeye, sağlığı ya da algılama yeteneğini bozmaya yönelik olması gerekli ve yeterlidir. Olası kastın varlığında cezada TCK.'nun 21/2.maddesindeki indirim uygulanır. Suçun terör amacı özel kastıyla işlenmiş olması, suçu terör suçu haline getirmektedir(TMK.md.4/(1),a).

Kasten yaralama suçunda manevi unsurun tespiti, bu suçu kasten öldürme suçuna teşebbüs ile taksirle yaralama suçundan ayırt etmek

<sup>61</sup> Schönke-Schröder,md.223,no.25; Lackner-Kühl, md.223, no.12

açısından önemlidir<sup>62</sup>. Bu hususun tespitinde içtihatla, sanığın eylemiyle bağlantılı geçmişte ve olay anındaki davranış biçimi ve söylemi, suçta kullandığı alet, bununla mağdurun hedef aldığı vücut bölgesi ile hedefin faile yakınlığı, sanık ile mağdur arasında husumet bulunup bulunmadığı, sanığın olay anında hareketlerini sürdürebilme olanağına sahip olup olmadığı, husumetin sebebi gibi ölçütler kullanılmaktadır<sup>63</sup>. Bu bağlamda failin kastının insan öldürmeye yönelik olduğunu belirleyen içtihat bulunduğu gibi<sup>64</sup> aynı ölçütlerle kastın yaralama olduğu da belirlenmektedir<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Önder, Şahıslara, s.99

<sup>63</sup> YCGK. 1360/268, T.19.01.1970 (İKİD. 1971-4/204) zikr. Keskin, S.Türk Ceza Hukukunda Kastın...s.22 vd.

<sup>64</sup> Y.1.C.D., E.2010/1006, K.2011/8662, T.29.12.2011: “..sanığın, tabancayla, hayati bölgeleri hedef alarak 9-10 el ateş ettiği, atışlardan bir kısmı göğüs, kol ve bacak bölgelerine isabet eden mağdurun, mide, ince bağırsak, diyafragma, böbrek ve akciğer yaralanmaları nedeniyle hayati tehlike geçirdiği, sol nefrektomi (böbreğin alınması nedeniyle organlarından birinin işlevini yitirdiği...” olayda kasten öldürme suçuna teşebbüs vardır.(YKD.Şubat 2012, S.2, s.342) ; Y.1.C.D. E. 2011/6992, K.2012/1862, T.15.03.2012: “Av tüfeği ile yakın mesafeden bacağa yönelik yapılan atışlarda, toplu saçma girişi ile geniş doku ve kemik defekti (eksikliği, kaybı) yanında ana damar ve sinir paketinin tamamen parçalanıp ani ve bol miktarda kan kaybı sonucu kısa sürede ölümün meydana geldiğinin bilinen veya bilinmesi gereken bir durum olması nedeniyle; av tüfeğiyle yakın mesafelerden toplu saçma girişi meydana getirecek şekilde atış yapılması halinde muhakkak olan ölüm neticesinin gerçekleşeceğinin sanık tarafından bilinmesinin gerektiği, nitekim hayati tehlike geçiren mağdurların da olaydan hemen sonra yapılan tıbbi müdahalelerle hayatta kalabildikleri anlaşılan somut olayda;...sanığın eylemlerine bağlı olarak ortaya çıkan kastı öldürmeye yöneliktir. Sanığın, eylemini tamamladıktan sonra, mağdura, “öldüreyim mi seni? Ama değmez” demesi, kastının öldürmeye yönelik olmadığını göstermeye yetmeyeceğinden adam öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulmalıdır.”(YKD.Nisan-2012, S.4, s.779)(Kanaatimce buradaki kast olası kasttır.); Y.1.C.D. E.2012/1119, K.2012/4263, T.25.05.2012: “Sanığın olayda kullanılan ve öldürmeye elverişli olan falçata ile olay yerine gelmesi, söylediği sözler, mağdurenin yere düşmesi nedeniyle amacına ulaştığına inanması, darbe sayısı, hedef alınan bölgelerin ve yaraların niteliği, engel durum nedeniyle eylemin sürdürülememesi birlikte değerlendirildiğinde, söze ve eyleme bağlı olarak öldürme kastıyla hareket ettiği anlaşıldığından, kasten öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmelidir.(YKD.Temmuz-2012, S.7, s.1394); Y.1.C.D. E.2008/7005, K.2012/3609, T.07.05.2012: “Sanık ile mağdurenin evli olup, aralarındaki geçimsizlik nedeniyle mağdurenin müşterek evlerini terk ederek, anne ve babasının yanında kalmaya başladığı, sanığın mağdureyi tekrar eve dönmesi konusunda ikna etmeye çalıştığı ancak mağdurenin kabul etmediği, sanığa hakaret ettiği, olay günü sanığın yanında av tüfeği de olduğu halde mağdurenin kaldığı evin bulunduğu yerin yakınına gelerek telefon açıp, mağdureyi dışarıya çağırdığı, evden çıkıp yanına doğru yaklaşan mağdureye hedef gözeterek etkili mesafeden av tüfeği ile ateş ederek...hayat fonksiyonlarını orta(3) derecede etkileyecek ve parçalı kırığa neden olacak şekilde yaraladığı olayda ..kastı öldürmeye yöneliktir.”(YKD.Ağustos-2012, S.8, s.1591); Ayrıca Bkz. Y.1.C.D. E.2010/4314, K.2012/3604, T.08.05.2012(YKD.Eylül-2012, S.9, s.1789), Y.1.C.D. E.2012/2076, K.2012/7881, T.06.11.2012(YKD.Aralık-2012-S.12, s.2478)

Kasten yaralama suçunun temel şeklinin düzenlendiği TCK.'nun 86.maddesinin (3).fıkrasında yer alan cezayı artırıcı nitelikli halinden failin sorumlu tutulabilmesi için, kastın bu ağırlaştırıcı nedenleri de kapsamı zorunludur. Aksi durumda fail, ağırlaştırıcı neden bakımından kastın yokluğu nedeniyle TCK.86/(3).maddeden cezalandırılmaz.

Kasten yaralama suçunun TCK.'nun 87.maddesinde düzenlenmiş netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama şeklinde ise, failin maddedeki ağır neticelerden dolayı cezalandırılabilmesi için bu neticeler açısından en azından taksirinin varlığı yeterli(TCK.md.23.) olup, gerçekleşen bu ağır sonuçlar yönünden failde doğrudan doğruya kast aranmaz<sup>66</sup>. Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçta istenmeyen neticenin veya doğrudan doğruya istenmeyip ancak kabul iradesi bulunan olası neticenin gerçekleşmesi olgusu söz konusudur. Netice sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama suçunun, doğrudan kastla işlenebilir şeklinin yasada yer almaması bu açıdan bir eksikliklerdir. Çünkü fail, doğrudan doğruya söz konusu bu ağır neticelere yönelik kast içinde bulunup, kastettiği sonucu gerçekleştirememiş olabilir. Bu olasılıkta faili, suçun basit şekilden ya da basit şekline teşebbüsten cezalandırmak orantısız kalır.

## **V. Suçu Etkileyen Nedenler**

### **a.Hafifletici Nedenler**

#### **a1. Basit Tıbbi Müdahale (TCK.md.86/(2))**

5237 sayılı yürürlükteki Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı önceki Türk Ceza Kanunu'nda bulunmayan yeni bir kavram getirmiştir. Önceki TCK'nın bu hususta aldığı ölçüt '*mutad iştigalden mahrumiyet süresi*di.'<sup>65</sup> Mutad iştigalden mahrumiyet kavramı ile kastedilen de kişinin mesleki işi olmayıp, beden ve akıl kuvvetinden yararlanabilme yoksunluğuydu. Görülen işin

---

<sup>65</sup> Y.1.C.D. E.2012/284, K.2012/1981, T.20.03.2012: "Sanık ile mağdur arasında husumet bulunmaması, ciddi bir engel bulunmadığı halde eylemini sürdürmeyip tek bıçak darbesi ile yetinmesi, kavga ortamında hayati bölgeyi hedef aldığını gösterir kesin ve inandırıcı delil bulunmaması birlikte değerlendirildiğinde, sanığın fiiliyle açığa çıkan kastının kardeşini kasten silahla yaralamaya yönelik olduğu kabul edilmelidir.(YKD.Ağustos-2012, S.8, s.1589); Y.1.C.D. E.2012/4626, K.2012/9029, T.04.12.2012.: "Hareketli kavga ortamında gerçekleşen eylemde, hayati bölgelerin hedef alındığını gösterir kesin ve yeterli kanıt bulunmaması, sanık ile mağdur arasında öldürmeyi gerektiren husumet bulunmaması, yaraların niteliği ve sayısı, engel hal olmadığı halde eylemin sürdürülmemesi hususları birlikte değerlendirildiğinde; sanığın kasten yaralama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmelidir."(YKD.Şubat-2013, S.2, s.394); Aynı yönde Y.1.C.D. E.2012/4513, K.2013/1536, T.27.02.2013(YKD.Nisan-2013, S.4, s.848), Y.1.C.D. E.2012/5256, K.2013/1839, T.07.03.2013 (YKD.Temmuz-2013, S.7, s.1511)

<sup>66</sup> Toroslu, s.49



ücretli olmamasının, düşünsel veya bedensel olmasının, bir mesleki faaliyet oluşturup oluşturumamasının önemi yoktu. Bu bağlamda kişinin günlük yaşamındaki, yemek yemek, oturup kalkmak, soyunup giyinmek, tuvalete gitmek, saç taramak vb. gibi alışılmış uğraşlarına yeniden başlayabilmesi için geçecek olan süreye ‘*mutad iştigalden mahrumiyet süresi*’ veya ‘*adli şifa süresi*’ denmekteydi. Bunun karşısındaki ‘*tıbbi şifa süresi*’ ise etkili eyleme (müessir fiile) maruz kalan mağdurdaki hastalığın tıbben ve tamamen iyileşeceği süreyi ifade etmekteydi. Bu bağlamda bazen tıbbi şifa süresi, adli şifa süresinden daha uzun olabileceği gibi, bunun tersine adli şifanın, tıbbi şifaya göre daha uzun sürmesi de olasıydı. Bu durum, mağdurda uygulanan travmanın şiddetine, vücudun bölgesine ve uygulanan tedavi yöntemlerine göre değişmekteydi.

5237 sayılı yürürlükteki TCK. ise ‘*basit tıbbi müdahale*’ ölçütünü getirmiştir. Bu husus, 5237 sayılı TCK.’nun 12.10.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış metninde, Kanun’un kasten yaralamanın ihmali hareketle işlenmesini düzenleyen 88.maddesinin 1. fıkrasında yer almasına karşın, Yasa henüz yürürlüğe girmeden, 31.3.2005 tarih ve 5328 sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve buradan alınarak suçun temel şeklinin düzenlendiği 86.maddesine 2.fıkra olarak yerleştirilmiş, 88.maddenin 2.fıkrası ise 1.fıkra olmuştur. Buna göre kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisi basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif ise cezada indirim yapılacaktır. Bu hükmün gerekçesine göre, kasten yaralamanın basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olup olmadığının belirlenmesi tıp biliminin verilerine göre yapılacaktır. Bu noktada T.C. Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 22.09.2005 tarih ve 13292 sayılı Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uyulacak Esaslar<sup>67</sup> yayımlanmış olup bu mevzuatın ekinde Adli Rapor Tanzimi İçin Rehber uygulamaya yön göstericidir.

## **a2. İhmali Hareket (TCK.md.88)**

5237 sayılı TCK.’nun 88.maddesinin 1.fıkrasına göre, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur. Buna göre, kişinin ihmali davranışından dolayı kasten yaralama suçundan sorumlu tutulabilmesi için, bu suçun oluşumuna neden olan yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin, ya belli bir icrai davranışta bulunmak

<sup>67</sup> www.tbb.org.tr/mevzuat (Erişim tarihi 05.07.2013)

hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması, ya da önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekir(TCK.md.83). Kocanın, karısını sağlığına kavuşmaması için bir hekime götürmemesi ihmali hareketle işlenen kasten yaralama suçuna bir örnektir<sup>68</sup>

### **b.Ağırlaştırıcı Nedenler**

5237 sayılı TCK.'da kasten yaralama suçunda cezayı artırıcı nedenler Kanunu'un 86/(3) ve 87. maddelerinde yer almıştır. 5237 sayılı TCK.'nun 87.maddesinde "netice sebebiyle ağırlanmış yaralama" durumları gösterilmiş, 86/(3). maddesinde ise fail veya mağdurun sıfatı ve taşıdığı özellik ile suçta kullanılan silah ağırlatıcı neden olarak kabul edilmiştir.

### **b1. Kastın Kapsamında Bulunan Ağırlaştırıcı Nedenler (TCK.md.86/(3))**

**b1.1. Kasten yaralama suçunun üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı işlenmesi** halinde ceza yarı oranında artırılır. Bu ilişkiler Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir. Ancak kanaatimizce 5237 sayılı TCK'da da üstsoy ve altsoy terimleri fiili anlamda kullanılmıştır. Bu nedenle henüz hukuken tanınmamış olsa da fiilen nesepten üstsoy-altsoy ilişkisinin bulunduğu olaylarda da bu ağırlatıcı nedenin uygulanması gerekir.<sup>69</sup>

Eş sıfatı ise ancak Medeni Kanuna göre gerçekleşmiş ve Medeni Kanuna uygun bir evlilik varsa kabul edilir. Suçta kanunilik ilkesi bakımından taraflar arasında eş sıfatının fiilin işlendiği anda hukuken kurulmuş olması zorunlu ve yeterlidir.<sup>70</sup> Bu bağlamda mutlak butlanla batıl evliliklerdeki durum tartışmalıdır.<sup>71</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 147.maddesinin son fıkrasına göre, evliyken yeniden evlenen bir kimsenin önceki evliliği mutlak butlan kararı verilmeden önce sona ermişse ve ikinci evlenmede diğer eş iyi niyetli ise bu evlenmenin butlanına karar verilemez. Kanımca TMK.'nun bu hükmü çerçevesinde mutlak butlanla batıl evlilikte yalnızca bu olasılıkta kasten yaralama suçunda "eş olma" ağırlatıcı nedeni uygulanabilir. Diğer olasılıklarda ceza mahkemelerinin konuyu bekletici sorun sayıp, evlilik hakkında mutlak butlan kararı verilirse ağırlatıcı nedeni uygulamamaları gerekir. Eşlerin fiilen birlikte yaşayıp yaşamadıklarının

---

<sup>68</sup> Önder, Şahıslara, s.97

<sup>69</sup> Aynı yönde Tezcan-Erdem-Önok, s.159

<sup>70</sup> A.e.

<sup>71</sup> A.e

veya haklarında ayrılık kararı verilmiş olmasının bu ağırlaştırıcı neden üzerinde bir etkisi, önceki 765 sayılı TCK.'nda olduğu gibi yürürlükteki 5237 sayılı TCK. bakımından da bulunmamaktadır. Bu bağlamda önceden olduğu gibi, halen de toplumda "imam nikâhli" denilen birlikteliklerin de hukuken evlilik sayılmadığı bu nedenle de taraflarının hukuken "eş" kabul edilemeyeceği açıktır.<sup>72</sup>

Kardeş kavramından ise ana-baba bir kardeşler anlaşıldığı gibi ana veya baba bir kardeşler de anlaşılır. Bundan başka tanınmış veya hükmen sabit olmuşsa

**b1.2. Kasten yaralama suçunun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi** halinde ceza yarı oranında artırılır. Kasten öldürme suçunda bu kavramların yanında "çocuk" terimine de yer verilmiş olmasına(TCK.md.82/(1),e) karşın, kasten yaralama suçunda bu suçun mağdurunun çocuk olması ağırlaştırıcı nedenler arasında sayılmamıştır. Bunun nedenine dair ne gerekcede ne de Komisyon tutanaklarında bir açıklamaya rastlanmaktadır. Dolayısıyla suçun mağdurunun beden veya ruh bakımından kendini savunabilecek durumda olmasına karşın yalnızca çocuk olması, diğer deyişle 18 yaşından küçük olması durumu kasten öldürme suçunda cezada artırım sebebiyken, kasten yaralama suçunda değildir. Bu nedenle kasten yaralama suçunda mağdur çocuk da olsa beden veya ruh bakımından kendini savunabilecek durumda ise ceza artırılmayacaktır.

Maddenin gerekçesine göre beden veya ruh bakımından kendisini savunamama durumundan anlaşılan ise, ileri yaşı, hastalığı, malullüğü veya ruhsal veya fiziksel güçsüzlüğü nedeniyle kendini korumaktan aciz bir kimsenin durumudur. Gerek bu durumdaki mağdura karşı suçu işleyen faildeki kötülüğün yoğunluğu, gerekse bu özelliklerdeki mağdura karşı eylemin işlenmesindeki kolaylık dolayısıyla söz konusu durum cezayı artıran bir neden sayılmıştır.

Maddenin gerekçesindeki bu açıklamadan yola çıkıldığında "çocuk" kavramının, beden veya ruh bakımından kendisini savunamama kavramı yanında ayrıca belirtilmesine kanaatimce gerek yoktur.<sup>73</sup> Nasıl ki "ileri yaş" mağdurda, kendisini bedensel veya ruhsal açıdan savunamayacak duruma koyan bir nitelik ise, aynı şekilde yaş küçüklüğü de kişiyi bu duruma getiren bir etmendir. Bu nedenle beden veya ruh bakımından kendini savunamama kavramı yanında nasıl ki ayrıca yaş büyüklüğü kavramına gerek yoksa yaş küçüklüğü veya çocuk kavramına da gerek yoktur. Burada

<sup>72</sup> Tezcan-Erdem-Önok, s.159

<sup>73</sup> Aynı görüş Tezcan-Erdem-Önok, s.160

temel alınması gereken ölçüt, yalnızca beden veya ruh bakımından kendini savunamama ölçütü olmalıdır. Bu nedenle kasten öldürme suçunda da örneğin 17 yaşındaki faile karşı beden veya ruh bakımından kendisini savunabilecek bir durumda bulunmasına karşın, salt henüz 18 yaşını henüz doldurmamış mağdura karşı failin cezasının artırılması mantıklı olmadığı gibi cezada orantılılık ilkesine de aykırıdır.

**b1.3. Kastan yaralama suçunun kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi** halinde ceza yarı oranında artırılır. Mağdurun salt kamu görevlisi olması ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için yeterli değildir. Suçun, kamu görevlisinin görevini yerine getirmesi dolayısıyla, diğer deyişle kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmış olması nedeniyle işlenmesi gerekmektedir. Bundan dolayı, suçun kamu görevinin gereklerine uygun davrandığı için mağdurun kamu görevlisi sıfatını artık taşımadığı bir zaman diliminde işlenmiş olması durumunda da ağırlaştırıcı neden uygulanır. 765 sayılı önceki TCK.'nda suçun "memura" karşı işlenmesi ayrı, milletvekiline karşı işlenmesi ayrı bentlerde düzenlenmişti ve mağdurun salt milletvekili olması ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için yeterliydi. Yürürlükteki 5237 sayılı TCK. her iki sıfatı "kamu görevlisi" kavramı içinde toplamış ve suçun da kamu görevi nedeniyle işlenmiş olması koşulunu getirmiştir. Bu nedenle eskiden kişisel nedenle de olsa salt milletvekili olduğu için uygulanan ağırlaştırıcı neden artık kişisel nedenle milletvekiline karşı suç işlenmişse uygulanmamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6/(1), c maddesine göre kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır<sup>74</sup>.

**b1.4.Kasten yaralama suçunun kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi** halinde ceza yarı oranında artırılır. Bunun için kamu görevlisinin zor kullanma yetkisine sahip olması aranmamaktadır. Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin görevini yaptığı sırada kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair, 5237 sayılı TCK.'nun 'Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlığını taşıyan Dördüncü Kısım'da, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçları içeren Birinci Bölüm'ünde 256.maddede ayrı bir düzenleme vardır.

---

<sup>74</sup> Keskin Kızıroğlu, Serap, "Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar" iç: Kolluk Görevleri Açısından TCK-CMK Semineri ve 5681 Sayılı Kanunla Değişen Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi IGUL Yayınları No.12, s.52 vd.

Ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için failin başlı başına kamu görevlisi olması yetmez; failin, kamu görevlisi olmanın kendisine sağladığı egemenliği, manevi gücü, TCK.'nın deyişiyle nüfuzu suçun işlenmesinde kullanması gerekir. Kamu görevlisi sıfatının hukuka uygun biçimde kazanılmış olması gerekir. Gerçekte kamu görevlisi olmayan birinin, kendini kamu görevlisi gibi gösterip suçu işlemesi halinde ağırlaştırıcı neden uygulanamaz. Aslında burada kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması söz konusudur. Ancak TCK.'nın "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" arasında 257.maddede düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu tamamlayıcı bir suç tipi olduğundan fail ayrıca görevi kötüye kullanmak suçundan cezalandırılmaz. Bu noktada önemli olan herhangi bir kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kasten yaralama suçunun işlenmesidir.<sup>75</sup>

**b1.5. Kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi** halinde ceza yarı oranında artırılır. Kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi daha kolay ve mağdurun üzerinde yaratacağı etki daha tehlikeli olabileceğinden silahın ağırlaştırıcı neden olarak kabulü yerindedir. Türk Ceza Kanunu'nda suçun silahla işlenmesi pek çok suçta ağırlaştırıcı neden sayılmıştır<sup>76</sup>. Öncelikle belirtilmelidir ki Türk Ceza Kanunu uygulamasında silah kavramı, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Kanunu kapsamındaki silah kavramıyla sınırlı değildir. Silahtan neyin anlaşılacağı 5237 sayılı TCK.'nın 6/1,f maddesinde açıklanmaktadır. Bu husus 765 sayılı TCK.'nunda da, yürürlükte olup olmadığı tartışmalı bir madde olan 189.maddede düzenlenmişti<sup>77</sup>. Yeni düzenleme, önceki Kanun dönemindeki Yargıtay içtihatlarını da dikkate alarak daha geniş kapsamlı bir düzenleme olmuştur. Buna göre ceza kanunlarının uygulanmasında silah deyiminden, ateşli

<sup>75</sup> Lisede müdür yardımcısı ve sağlık bilgisi dersi öğretmeni olarak görev yapan sanığın, kendi dersinden yapmış olduğu yazılı sınavında, sınav kağıdının ön yüzüne kendi ad ve soyadını, arka yüzüne ise başka birinin ad ve soyadını yazan mağdurun bu hareketinin okul yönetmeliğine göre suç teşkil etmesi durumunda öğretmenin kendisinin bizzat hatalı öğrenciyi cezalandırma gibi bir yetkisi ve görevi bulunmadığı, olayı tutanakla okul yönetimine ve disiplin kuruluna götürmesi gerektiği halde, bunu yapmayı görev hududunu aşarak, görevi ile ilgili ve görevinden dolayı olmadığı halde mağdur öğrencisine karşı gerçekleştirdiği kasten yaralama eyleminden dolayı yargılanmasının 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine tabi olmayıp, yargılamanın genel hükümler uyarınca yapılarak hukuki durumunun tayin ve tespiti ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği anlaşıldığından...

( Y.3.C.D.E.2007/1542,K.2007/1744,T.27.2.2007-Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>76</sup>Örneğin cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda(TCK.md.102/(3),d-Hürriyeti tahdit suçunda (TCK.md.109/(3),a- Kişinin özgürlük hakkında karşı suçlarda ortak hüküm olarak (TCK.md.119/1),a- Yağma suçunda (TCK.md.149/(1),a- Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçunda (TCK.md.213/(2) olduğu gibi!

<sup>77</sup> BKz. Keskin S., Türk Ceza Hukukunda Kasten, s.55 vd.

silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici aletler silahtan sayıldığı gibi saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile suçun işlenmesinde fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler de silahtan sayılır. Ayrıca, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal ve biyolojik maddeler de silahtandır.

Bu bağlamda, silah kavramına giren bir aracın kasten yaralama suçu açısından somut olayda silah olarak kullanılmaması, örneğin tabancanın kabzası ile başa vurulması durumunda ağırlaştırıcı nedenin uygulanmaması gerekir. Bunun gibi, failin silahı yalnızca yanında bulundurması da kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi kavramından sayılamaz. Bu noktada silahın kullanılmasından maksat suçu işlerken aracın silah özelliğinden faydalanmaktır. Alman Hukukunda kasten yaralama suçunda ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilen silah kavramından teknik anlamda silah anlaşılmaktadır. Teknik anlamda silah ise doğası gereği mekanik ya da kimyasal yolla yaralanmalara sebebiyet verebilecek bir araçtır. Silahın da Alman Ceza Kanunu'nda ağırlaştırıcı neden olarak üst kavramı oluşturan tehlikeli araç kabul edilebilmesi için, somut olayda tehlikeli araç olarak kullanılması gerekmektedir<sup>78</sup>.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde Yargıtay kararlarında silah olarak kabul edilen aletleri şöyle sıralayabiliriz: Yaralamada kullanılmak üzere kırılarak saldırı ve savunmaya elverişli duruma getirilen şişe, ateş küreği, bıçak, orak, tırmık, pense, ucu sivri demir, sapından tutulup demir kısmıyla vurulan çapa, küreğin demir kısmı, baltanın demir kısmı, kazma, tornavida, çekiç, satır, demir maşa, demir boru, kama, taş kırmada kullanılan demir, incir, balyoz, soba demiri, berber makası!<sup>79</sup>

765 sayılı TCK. uygulamasında nakış makası, av tüfeği dipçiği, yemek çatalı, sopa, levye demiri, tabancanın kabzası, küçük çivili tahta ve taş gibi

<sup>78</sup> Rengier R., s.76,no.12; Hohmann/Sander, s.57,no.22

<sup>79</sup> Keskin S. Türk Ceza Hukukunda Kasten, s.57; Ayrıca:

Y.2.C.D.,E. 2003/274, K. 2005/15415, T. 11.7.2005:Müştekiler Cavide ve Sevdâ'nın hazırlık aşamasındaki beyanlarına ve doktor raporlarına göre sanık Salim'in müştekileri **çivili sopa** ile darp ettiği sabit olduğu halde tarafların yargılama sırasında barışmış olmaları sebebiyle müşteki Cavide'nin sanığı cezadan kurtarmaya yönelik beyanlarına dayanılarak sanığın mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.(Kazancı İçtihat Bankası)

Y.2.C.D.,E.2006/6346,K.2006/12920,T.4.7.2006:...sanığın atılı suçu silahtan sayılan **kırık şişe** ile işlediğinden aynı maddenin 3. fıkrasının e bendi uyarınca bu belirlenen gün üzerinden 1/2 oranında artırım yapılarak... Y.2.C.D.,E.2006/3261,K.2006/17461,T.1.11.2006: ...sanığın tartışma sırasında **ekmek bıçağı** ile mağdurun üzerine yürüdüğünün anlaşılması karşısında eyleminin, 5237 sayılı TCK'nın 86/2-3,e, 35. maddelerinde düzenlenen bıçakla yaralamaya teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılarak... (Kazancı İçtihat Bankası)

nesnelerin silahtan sayılmamasına<sup>80</sup> karşın 5237 sayılı yürürlükteki TCK.'nun 6/(1),f maddesindeki tanım nedeniyle tüm bu aletlerin silah sayılıp sayılmayacağı tartışılmak zorundadır. Nitekim söz konusu tartışma "sopa" bakımından ortaya çıkmıştır<sup>81</sup>.

Kişinin, bedeninin parçalarını, sözgelimi elini, kolunu, bacağını, ayağını, hatta karate vb. gibi özel becerilerini dahi kullanarak suçu işlemesi de silahla işleme kavramından sayılmaz. Alman Hukukunda da silah ya da bir başka tehlikeli araç kullanımını kasten yaralama suçunda ağırlaştırıcı neden olarak düzenleyen Alman Ceza Kanunu'nun 224/(1),b.2. maddesinin metninde araç olarak nesne kavramına yer verildiğinden, vücudun organları söz konusu 2.bent kapsamında tehlikeli araçtan sayılmamaktadır. Bu nedenle yumruk, çıplak ayak, diz, dirsek vb. Alm.C.K.'nun 224./(1),b.2.maddesi kapsamında araç olarak anlaşılamayacaktır<sup>82</sup>. Bu organlarla tehlikeli bir yaralama işlenecek olursa Alm.C.K.'nun 224/(1),b.5. maddesindeki yaşamı tehlikeye atan bir hareket vasıtasıyla kasten yaralama ağırlaştırıcı nedeni söz konusu olabilecektir<sup>83</sup>.

Aynı şekilde mağdurun kafasının duvara ya da sert zemine vurularak kasten yaralama suçunun işlenmesi de silahla işleme sayılamaz<sup>84</sup>. Alman Hukukunda da içtihad ve öğretideki bir düşünceye göre, kasten yaralamada kullanılan aracın insan etkisiyle hareket ettirilebilir, taşınır bir nesne olması gerekmektedir. Bu tür bir nesnenin kişiye karşı veya kişinin söz konusu nesneye karşı yöneltilmiş olması önemli değildir<sup>85</sup>. Bu düşünceye göre de mağdurun kafasını duvara ya da sert bir zemine vurmak hareketinde, duvar veya sert zemin sabit oldukları için madde kapsamında araç değildirler. Bu

---

<sup>80</sup> Keskin S. A.e, s.57

<sup>81</sup> Y.2.C.D.,E.2006/8827,K.2007/841,T.25.01.2007:Oluşa ve dosya içeriğine göre,sanığın eşi olan mağduru tartışma sırasında yerden aldığı ve ele geçirilemeyen **sopa** ile yaraladığı ve sopanın 5237 sayılı TCK.nun 6/1,f maddesinde tanımlanan silah kapsamında bulunup bulunmadığının belirlenemediği gözetilmeden, sopanın silahtan sayılarak sanık hakkında hükmedilen cezanın aynı kanunun 86/3-e maddesi ile artırılması suretiyle fazla ceza tayini...(Kazancı İçtihat Bankası)

Y.2.C.D.,E.2006/10244,K.2007/3034,T.28.2.2007:Mağdurun hazırlıktaki beyanında, sanığın kendisine **sopayla** vurduğunu belirtmesi karşısında, sopanın özellikleri mağdurdan sorulup, ele geçirilmesi halinde de incelenerek, 5237 sayılı TCK'nun 6. maddesinde belirtilen nitelikte bulunup bulunmadığı belirlendikten sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekir. (Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>82</sup> Lackner-Kühl, md.224, no.3; Rengier R., s.75, no.9

<sup>83</sup> Rengier R., s.75, no.9

<sup>84</sup> Aynı görüş Tezcan-Erdem-Önok, s.209 ayrıca Erdem, Mustafa Ruhan, "Türk Ceza Kanununda Silah" iç: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2003, Cilt:VII, S.1-2, s.187

<sup>85</sup> Lackner-Kühl, md.224, no.4; Hohmann/Sander, s.56, no.19; Schroth U., s.74

durumda Alman Hukukunda yine Alm.C.K.'nun 224/(1),b.5. maddesindeki yaşamı tehlikeye atan bir hareket vasıtasıyla kasten yaralama ağırlaştırıcı nedeni söz konusu olabilecektir.

Alman Hukukunda bu içtihadı karşı olan düşünceye göre ise sabit nesnelere de maddenin 2.bendi kapsamında araçtan sayılırlar. Bu nedenle, sabit bir yere kurulan testere ile veya sabit bir kızgın ocak üzerine oturtmak suretiyle yaralama suçu işlenecek olduğunda, sabit testere ya da sabit kızgın ocak da tehlikeli araçtır. İçtihat kabul edilecek olursa, 2.bent kapsamında bir yaralama, ancak elde taşınan testere veya bir yerden başka yere taşınabilir ocak ile işlenebilecektir ki bu iki durum arasında fark görmek maddede öngörülen amaç ile çelişecektir<sup>86</sup>. Verilen bu örnekler bakımından Türk Hukuku'nda TCK.'nun 96.maddesindeki eziyet suçu söz konusu olabilecektir.

Alman Ceza Kanunu'nda kasten yaralamanın silahla ya da bir başka tehlikeli araç vasıtasıyla işlenmesi(Alm.CK.md.224/(1),b.2) ağırlaştırıcı neden sayılarak, yalnızca silah kelimesiyle sınırlı kalınmayıp, bir başka tehlikeli araç kavramına da yer verilmiştir. Tehlikeli araç kavramı söz konusu ağırlaştırıcı nedenin düzenlenmesinde üst kavramı oluşturmaktadır ve silah kavramı yalnızca bir örnektir<sup>87</sup>. Bent anlamında tehlikeli araç kavramı ile kendi nesnel yapısı ve somut olaydaki kullanım tarzına göre esaslı yaralanmalara neden olabilecek her nesne kastedilmektedir<sup>88</sup>. Bir görüş, bu tanıma, tehlikeli aracın saldırı veya savunma amacıyla kullanılan bir araç olması koşulunu da eklemektedir<sup>89</sup>.

Alman Hukukunda yalnızca mekanik araçlar değil aynı zamanda kimyasal araçlar da madde kapsamında olup, aracın dışarıdan ya da içeriden etkilemesinin bir önemi yoktur. Aynı hususu Türk Hukuku açısından da geçerlidir. Ancak Alman Öğretisinde bu etkinin yalnızca dışarıdan olabileceği düşüncesi de kendini göstermektedir<sup>90</sup>.

Günlük yaşamda kullanılan her nesne madde kapsamında tehlikeli araç olabilir: Sopa, şişe, cam parçaları, taş, motorlu araç, kışkırtılmış köpek, batırmak amacıyla kullanılan ucu sivriltilmiş kurşun kalem, boğmak

---

<sup>86</sup> Rengier R., s.75,no11

<sup>87</sup> Lackner-Kühl, md.224, no.2; Rengier R., s.73, no.6; Schlüchter E., s.36, no.8; Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, s.45, no.59, Verlag CH.Beck; Schlüchter, Ellen, Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz, Thüningersheim 1998, s.32, no.2;

<sup>88</sup> Lackner-Kühl, md.224, no.5; Schroth U., s.74

<sup>89</sup> Rengier R., s.73, no.6

<sup>90</sup> Hohmann/Sander, s.57, no.20



amacıyla kullanılan kravat, kaynar su, tuzruhu, ilaç veya uyuşturucu maddeler ve gaz “esaslı yaralanmalara“ neden olabilecek nesnelere. Kanaatimce tüm bu nesnelere Türk Hukuku açısından da kasten yaralama suçunda artık silahtan sayılabilecektir. Buna karşın Alman içtihadı yanan bir sigaranın baldırda söndürülmesini esaslı yaralanmaya neden olabilmek açısından uygunluğu bulunmadığından bu bent kapsamı dışında tutmuştur<sup>91</sup>. Fakat esaslılık ölçütü ile neyin anlaşılacağı da Alman Hukukunda açık değildir<sup>92</sup>.

Saldırı ya da savunma aracı olarak kullanım gerekliliğinden, hekimin tıbbi müdahalede kullandığı tıbbi araçların tehlikeli araç olarak kabul edilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Çünkü böyle durumlarda hekimin mesleğini yerine getirirken kullandığı bu araçlarda saldırı ya da savunma aracı olarak kullanım niteliği bulunmamaktadır<sup>93</sup>.

Türk Hukuku’nda incelenen ağırlaştırıcı nedenlerin herhangi birinin varlığında, şikâyet aranmaksızın verilecek ceza yarı oranında artırılır.

## **b2- Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama (TCK.md.87)**

Bunlar sırasıyla, cezada bir kat artırımı gerektiren netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama, cezada iki kat artırımı gerektiren netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama, kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması ve kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi durumlarıdır.

5237 sayılı TCK. netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, 765 sayılı TCK.’nda öğretilen haklı olarak eleştirilen nesnel sorumluluktan vazgeçmiş ve olması gerektiği gibi bu nitelikteki suçlar bakımından da öznel sorumluluğu kabul etmiştir. 5237 sayılı TCK.’nun Genel Hükümler’i düzenleyen Birinci Kitabında ‘Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç’ başlığı altında 23.maddede ‘*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı*

<sup>91</sup> Rengier R., s.73-74, no.6,7; Lackner-Kühl, md.224, no.4

<sup>92</sup> 1998 yılındaki 6.Ceza Hukuku Reformu’nun cezayı iki katına çıkarttığı ve cezanın miktarı bakımından Alm.CK.’nun 224.maddesinin, basit yaralamanın düzenlendiği 223.maddesi ile sonuç nedeniyle ağırlaşan ağır yaralamaların düzenlendiği 226.maddeleri arasında yer aldığı göz önünde tutulacak olduğunda, esaslılık ölçütü bakımından kısıtlayıcı bir eğilimin kabul edilmesinin gerektiği ileri sürülmektedir. Bu anlamda esaslı yaralanma (erhebliche Verletzung) tehlikesini, ağır yaralanma (gravierende Verletzung) tehlikesi olarak anlamak gerektiği; bundan da, mağduru ağır şekilde etkileyen ve önemli ölçüde acı çektiren, bedenin dış görünümündeki veya işlevlerindeki önemli zedelenmelerin anlaşılması gerektiği sonucu çıkartılmaktadır(Rengier R., s.74, no.7a).

<sup>93</sup> Rengier R., s.74, no.8

*sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*'' hükmüne yer verilmiştir.

Bu hüküm nedeniyle kasten yaralama suçunda failin kastının özellikle TCK.'nun 87.maddesindeki sonuçlara yönelik olmadığı durumda, yaralama eyleminden doğan bu ağır sonuçlardan kastının dışında kalmasına karşın failin sorumlu tutulabilmesi ve cezasında TCK.'nun 87.maddesine göre artırım yapılabilmesi için en azından taksiri aranacaktır. Diğer deyişle bu madde açısından suçta en azından bir kast+taksir bileşeni bulunmak zorundadır. 5237 sayılı TCK.'nun 23.maddesi, Federal Alman ve Avusturya Ceza Kanunlarında olduğu gibi 'en azından taksir'' ifadesini kullanmak suretiyle basit taksirden fazlasını içeren olası kusurluluk türlerini de kasten yaralama suçundaki bu ağırlaştırıcı sonuçlar yönünden TCK.'nun 87.maddesi kapsamına almıştır. Bu nedenle TCK.'nun 87.maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için failde öncelikle yaralama kastı bulunmak zorundadır.

TCK.'nun 87.maddesindeki ağırlaştırılmış hükmün uygulanabilmesi için maddedeki ağır sonuçlara yönelik taksir derecesindeki kusur yeterli olacak; fakat yaralama niteliğindeki bu ağır sonuçlar yönünden doğrudan doğruya kastın varlığında da faile, kanaatimce eğer bu sonuçlar doğmuşsa, yine TCK.'nun 87.maddesi hükmü uygulanmak zorunda kalacaktır<sup>94</sup>. Bu noktanın da cezada orantılılık ilkesine aykırılığı açıktır. Bu durumda suçun da fail açısından aslında netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç sayılamayacağı açıktır. Netice sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama suçunun, doğrudan kastla işlenebilir şeklinin yasada yer almaması bu açıdan bir eksikliktir. Çünkü fail, doğrudan doğruya bu ağır neticelere yönelik kast içinde bulunup, kastettiği sonucu gerçekleştirememiş olabilir. Bu olasılıkta faili, suçun basit şeklinden ya da basit şekline teşebbüsten cezalandırmak orantısız kalır.

Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan söz edebilmemiz için gerçekleşen neticenin fail açısından istenmeyen netice olması ya da doğrudan doğruya istenen netice olmaması zorunludur. Failin doğrudan doğruya istediği bir neticeye yönelik suçun, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç sayılması mantığa aykırıdır. Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçta istenmeyen neticenin veya doğrudan doğruya istenmeyip ancak kabul iradesi bulunan olası neticenin gerçekleşmesi olgusu söz konusu olduğu için de bu nitelikteki suçlara teşebbüs olanaksızdır. Dolayısıyla, kasten yaralama suçunun TCK.'nun 87.maddesinde yer alan netice sebebiyle ağırlaştırılmış şeklinde suç, teşebbüse elverişli değildir.

---

<sup>94</sup> Değişik gerekçeyle Tezcan-Erdem-Önok, s.212

Yaralama niteliğindeki ağır sonuçlar açısından olası kastın varlığında da TCK.'nun 87.maddesi uygulama alanı bulacaktır.

Aksi takdirde, failde yaralama niteliğindeki bu ağır sonuçlar bakımından en azından taksirin dahi bulunmadığı durumlarda fail, bu sonuçlar meydana gelmiş olsa bile yalnızca suçun basit şekline göre cezalandırılacaktır. Bu noktada, failin doğrudan doğruya kastının yaralama niteliğindeki ağır sonuçlara, örneğin mağdurun gözünü çıkarmaya yönelik olması durumunda cezasının ne olacağını gösteren ayrı bir düzenlemenin cezada orantılılık ilkesi bakımından yapılması gerekirdi diye düşünmekteyiz. Fakat yine de, bu durum da yukarıda değindiğimiz gibi 5237 sayılı TCK.'nun 87.maddesi içinde değerlendirilmelidir. TCK.'nun 87.maddesinin başlığı her ne kadar "Netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama" olsa da, madde içeriğinde bu hükmün yalnızca netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamalarda uygulanabileceğine ilişkin bir sınırlama bulunmadığı gibi TCK.'nun 23.maddesindeki düzenleme de "en azından taksir" deyişiyle bu yönde değildir. Bu nedenle, failin doğrudan kastının bu sonuçlara yönelik olması durumunda da maddede öngörülen artırımlara gidilmelidir. Ancak, kastın doğrudan veya dolaylı ölüm sonucuna yönelik olması durumu 5237 sayılı TCK.'na göre kasten öldürme suçunu oluşturacaktır.

#### **b2.1. Bir Kat Artırımı Gerektiren Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama (TCK.md.87/(1))**

Kasten yaralama eylemi, 5237 sayılı TCK.'nun 87/(1). maddesinde yer alan sonuçlara neden olmuşsa, TCK.'nun 86.maddesine göre belirlenecek ceza bir kat artırılır. Ancak verilecek ceza TCK.'nun 86.maddesinin suçun basit şeklinin düzenlendiği birinci fıkrasına giren hallerde üç yıldan, kastın kapsamındaki ağırlaştırıcı nedenlerin düzenlendiği üçüncü fıkrasına giren hallerde beş yıldan az olamaz. TCK.'nun 87/(1). maddesinde yer alan ağırlaştırıcı nedenlerin birden fazlası aynı fiilde bir arada bulunsun bile failin cezası bir kez artırılır. Söz konusu netice sebebiyle ağırlaştırıcı nedenler şunlardır:

**b2.1.a. Kasten yaralama failinin mağdurun duyularından veya organlarından birinin sürekli zayıflamasına neden olması** halinde ceza bir kat artırılır(TCK.md.87/(1),a). 765 sayılı önceki TCK.'nun 456.maddesinde benzer düzenlemeyle "*Havastan veya azadan birinin devamlı zaafî*" ifadesine yer verilmişti. 5237 sayılı TCK. bu ifadeyi Türkçeleştirmiştir. Havas, Arapça ve çoğul olarak kullanılan bir terim olup, insanın kendi dışındaki şeyleri duyması anlamına gelir. Diğer deyişle "havas", insanın dış dünyasındaki şeylerle ilişkisini sağlayan melekedir. Türk Ceza Kanunu'nda kullanılan "*duyulardan*" terimi de aynı

kapsamdadır. Duyular kural olarak beş türdür: Dokunma, tatma, koku, işitme ve görme duyuları! Bu duyulardan her birini bir organ sağlar. Duyulardan birinin sürekli zayıflaması demek, sayılan beş duyu organından birinin fizyolojik görevinin devamlı surette zayıflaması demektir. Diğer deyişle bir duyu organının görevini gereği gibi yapamayacak duruma gelmesi demektir.

Organ, vücut kısımlarının, belirli duyguların içinde geliştiği veya belirli hareketlerin yapılmasına yarayan veya bir görev gören anatomik ve fizyolojik bütününe verilen ad olup, Ceza Hukuku bakımından organı yalnızca anatomik değil, fakat özellikle fizyolojik anlamda anlamak gerekir<sup>95</sup>. Çünkü burada asıl söz konusu olan işlevin yerine getirilmesinde sürekli zayıflıktır. Bu bakımdan aynı, tek ve dolayısıyla ortak olan işlevin yerine getirilmesine yarayan çok sayıda ve birbirlerinden ayrı organlar varsa ve bunlardan bir veya birkaçının sürekli zayıflığı doğmuşsa, TCK.'nun anladığı anlamda sürekli zayıflığın kabulü için bu organlara bağlı aynı, tek ve ortak işlevin yerine getirilmesinde eksiklik yaratabilecek sayıdaki organın zayıflığa uğraması gerekir. Örneğin her bir diş anatomik anlamda organdır. Ancak bunlardan bir veya ikisinin kırılmış bulunması çiğneme işlevinin yerine getirilmesinde zayıflığa yol açmayabilir<sup>96</sup>. Doğal olarak bu husus her somut olaya göre farklı değerlendirilecektir. Somut olayda çiğneme işlevinde sürekli zayıflığın fiilen gerçekleştiği bilirkişi incelemesiyle saptandığı takdirde ağırlaştırıcı nedenin varlığını kabul etmek gerekir. Dişlerin takma dişle (protez ya da implant) tedavisi veya yenilenmesi olanağının bulunmasının ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasında etkisinin bulunmayacağı görüşündeyiz.

Bundan başka vücutta çift olarak bulunan organlardan birinin işlevini tamamen yitirmesi durumunda, diğer organ işlevini görmeye devam edebilir. Bu durumda organın işlevinde zayıflık değil, organın işlevini yitirmesi söz konusudur. Çünkü önceki 765 sayılı TCK.'nda olduğu gibi yürürlükteki 5237 sayılı TCK.'nda da duyu ve organlardan *birinin* işlevinden söz etmektedir. Ayrıca, vücudumuzda böbrek, göz, kulak, el, ayak gibi çift olarak bulunan organlar, dişlerden farklı olarak aynı ve tek fonksiyonu birlikte, ortak olarak görmemektedirler. Örneğin her bir böbrek diğerinden bağımsız olarak işlev görmektedir. Dolayısıyla işlevde de teklik değil, çiftlik bulunmaktadır. İki gözün bakmasıyla daha iyi ve hacimli bir görme sağlanır. Geniş bir alanın görülmesi iki gözün çalışmasıyla olanaklıdır. Ancak bir göz, işlevsel olarak tek başına çalışır. Bu nedenle de her iki göz de birbirinden

---

<sup>95</sup> Dönmezer, Kişilere, s.126

<sup>96</sup> Dönmezer, A.e., s.127

bağımsız ayrı birer organdır. Aynı husus, diğer çift organlar için de geçerlidir. Her biri aynı işlevi diğerinden bağımsız görmektedir. Bu nedenle çift organların her biri adli açıdan zaten ayrı bir organdır.

Duyu veya organlardaki zayıflığın sürekli olması zorunluluğu bulunup, sürekliliğin kabulü için, yalnızca zayıflığın tedavisinin olanaksız bulunması aranmamalıdır. Ayrıca tedavinin çok güç ve çok uzun süreli tedaviyi gerekli kılması durumu da yeterli görülmelidir<sup>97</sup>.

**b2.1.b. Kasten yaralama fiilinin mağdurun konuşmasında sürekli zorluğa neden olması** halinde ceza bir kat artırılır(TCK.md.87/(1),b). 765 sayılı önceki TCK.'nda '*Söz söylemekte devamlı müşkülât*' denmekteydi. Bundan anlaşılan da konuşma yeteneğindeki güçlüktü. Bu nedenle 5237 sayılı TCK.'nun doğrudan doğruya '*konusmasında sürekli zorluk*' ifadesini kullanması yerinde olmuştur. Kasten yaralama eylemiyle, mağdurda sürekli olarak konuşma yeteneğinin kullanılmasında güçlük meydana gelirse ağırlaştırıcı neden uygulanır. Kekemelik, konuşmakta sürekli zorluğa örnektir. Fakat mağdur zaten konuşmakta güçlük çeken biri ise kasten yaralama fiili ile bu durum arasında nedensellik bağı doğal olarak kurulamaz<sup>98</sup>.

Konuşmakta sürekli zorluk, konuşma organlarında yaratılan bir bozukluktan ileri gelebileceği gibi, beyinde konuşmayı sağlayan merkezde yaratılan bir bozukluktan da kaynaklanabilir. Bu nedenle ayrıca düzenlenmesi yerindedir.

**b2.1.c. Kasten yaralama fiilinin mağdurun yüzünde sabit ize neden olması** halinde ceza bir kat artırılır(TCK.md.87/(1),c). 5237 sayılı TCK.'nun madde gerekçesine göre burada yüzden kastedilen çehredir ve bu kavram boyun ve kulaklar dâhil başın ön kısmını ifade eder. Bu durumda madde metninde çehre teriminin değil de yüz teriminin kullanılması isabetli olmamıştır. 765 sayılı önceki TCK. 'yüz' terimi yerine 'çehre' terimini kullanmıştı. Önceki 765 sayılı TCK. uygulamasında da çehrenin sınırı, alında saçlı deri sınırı, yanlarda kulaklar (dâhil) ve altta alt çene kavsi kenarından geçen hat içinde kalan bölge olarak kabul edilmişti. Boyun ve ense çehre sınırı içinde kabul edilmez. Bu nedenle gerekçede boynun da 'yüz' kavramı içinde görüleceğine ilişkin açıklama uygulamayı bağlayıcı nitelikte olmadığından, bu düzenlemede boynun ayrıca ifade edilmesi gerekirdi düşüncesindeyiz. Boyun, kanaatimizce yüz veya çehre içinde değildir.

---

<sup>97</sup> Toroslu, s.50

<sup>98</sup> A.e.

Deri ve deri altı dokusunu ilgilendiren her yara, tıbben iyileşirken yerinde bir iz, çizgi, nedbe (skatris doku) bırakır. Bunların hepsi "sabit iz" kapsamındadır. Sabit iz, yüzü değiştirmemekte ve mağduru öteden beri tanıyanlarda, kim olduğu açısından herhangi bir duraksamaya neden olmamaktadır.

Ancak kanaatimizce yüzdeki sabit izin ağırlaştırıcı neden olarak etki gösterebilmesi için yüzdeki doğal uyumu bozucu ve belirgin olması gerekmektedir. Bu bağlamda büyük bir dikkat harcamadan, uzaktan veya yakından ilk bakışta fark edilebilir olması da gerekir. Bu nedenle sabit iz kavramı içerisine yüzdeki doğal uyumu bozucu ağız çarpılması, saç, bıyık dökülmesi gibi durumlar da girer<sup>99</sup>. Yüzdeki doğal uyumun bozulmasından maksat çirkinleşme değildir. Her yüzün kendi doğal görünüşündeki uyumun bozulması, bizatihi o yüzün estetiğinin bozulması demektir. Bunun için mağdurun mutlaka çirkinleşmesi gibi öznel bir değerlendirme yapılamaz.

**b2.1.d. Kasten yaralama fiilinin mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olması** halinde ceza bir kat artırılır (TCK.md.87/(1),d). Kasten yaralamanın hayati tehlikeye neden olup olmadığının saptanması tıbbi değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. İnsan yaşamını tehlikeye koyan kasten yaralama eylemlerinde ayrı özellik yoktur. İnsan vücudunun herhangi bir yerine yapılan etkili eylem, şekil, nitelik ve özellik bakımından insan yaşamını tehlikeye koyabilecek güçte olabilir. Bunun için ağır bir travmanın varlığı koşul olmadığı gibi ağır bir travma da insan yaşamını tehlikeye sokmamış olabilir. Ölüme yol açabilen tetanos ve bazı hafif bulaşmaların (enfeksiyonların), pek hafif bir yaralanma, örneğin basit bir iğne batmasından sonra meydana gelmesi de olanaklıdır. Söz konusu ağırlaştırıcı neden için kişinin yaşamının somut olayda gerçekten tehlikeye girmiş olması gerekmektedir. Bu durumun uzun veya kısa süreli olmasının bir önemi yoktur. Bundan bir adım sonrası, yaralama sonucunda yaşamsal tehlikenin gerçekleşip, kişinin ölmesi ise cezada daha fazla artırımı yol açan netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçudur(TCK.md.87/(4). Yaşamsal tehlikeden faili sorumlu tutabilmek için yalnızca hayati tehlikeden söz edilmesi yeterli değildir; vücudun hangi organlarında zarar meydana getirilmiş olması nedeniyle hayati tehlike bulunduğu Adli Tıp raporlarında gösterilmesi gerekir.

Alman Hukukunda Ceza Kanunu'nun 224/(1),b.5.maddesine göre yaşamı tehlikeye atan bir hareket aracılığıyla yaralama ağırlaştırıcı nedendir. Yaşamı tehlikeye atan yaralamadan ise somut olayın koşullarına göre, soyut olarak mağduru hayati tehlikeye sokmaya elverişli hareket tarzı

<sup>99</sup> Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere, s.152; Tezcan-Erdem-Önok, s.216

anlaşılmaktadır. Alman Hukukunda hayati tehlikenin somut olarak gerçekleşmiş olması aranmamaktadır. Bu çerçevede başa vurulan şiddetli tekmeler, yumruklar, başın sert bir zemine vurulması, boğma hareketi, motorlu araçla mağdurun üzerine gitmek, hareket halindeki motorlu araçtan atmak, AIDS virüsü bulaştırmak, sık sık çekilen röntgen filmleriyle vücudun yüklenmesi bu kapsamda görülmüştür.<sup>100</sup>

**b2.1.e. Kasten yaralama fiilinin gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına** neden olması halinde ceza bir kat artırılır(TCK.md.87/(1),e). Bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için failin, mağdurenin gebe olduğunu bilmesi gerekir. 765 sayılı TCK. uygulamasında da bu husus aranmaktaydı. Burada ağırlatıcı nedeni oluşturan husus, kadının rahminde gelişimini sürdüren çocuğun gebe olduğu bilinen kadına karşı kasten yaralama eylemi nedeniyle vaktinden önce doğmuş olması olgusudur. Dolayısıyla, çocuğun yaşama yeteneğine sahip olarak doğmuş olması zorunludur<sup>101</sup>. Aksi durumda erken doğan çocuğun annesine yapılan yaralama eylemi nedeniyle az veya çok bir süre yaşadktan sonra ölmesi halinde failin ayrıca taksirle öldürme suçundan da sorumlu olabileceği öğretide dile getirilmiş olsa da<sup>102</sup> henüz anne karnındaki çocuk (cenin) yaşayan bir kişi olmadığından bu suçun mağduru olamaz<sup>103</sup>. Kanaatimce bu olasılıkta TCK.'nun 87/(2),e maddesinde yer alan, cezada iki kat artırım öngörülen, fiilin gebe kadına karşı işlenip de çocuğun düşmesi ağırlatıcı nedeni uygulama alanı bulur. Çünkü gebe kadın üzerinde gerçekleştirilen fiil nedeniyle, ceninin kadının rahminden canlı fakat yaşama kabiliyetine sahip olmadan çıkarılması durumunda da çocuk düşürülmüş olunur<sup>104</sup>. Çocuğun düşmesine sebep olucu fiil, ceninin canlılığını rahim içinde sona erdirerek işlenebileceği gibi, ceninin rahimden canlı, fakat yaşama kabiliyetine sahip olmadan çıkartılıp, dışarıda bu nedenle ölmesi ile de işlenebilir. Ceninin anne rahminin içinde veya dışında, fakat henüz rahimdeyken yapılan müdahale nedeniyle ölmesi durumunda da çocuk düşürülmüş olur.

### **b2.2. İki Kat Artırımı Gerektiren Netice Sebebiyle Ağırlaştırılmış Yaralama (TCK.md.87/(2))**

Kasten yaralama eylemi, 5237 sayılı TCK.'nun 87/(2). maddesinde yer alan sonuçlara neden olmuşsa, TCK.'nun 86.maddesine göre belirlenen ceza iki kat artırılır. Ancak verilecek ceza TCK.'nun 86.maddesinin suçun basit

<sup>100</sup> Rengier R., s.77, no.16; Lackner-Kühl, md.224, no.8; Hohmann/Sander,s.59,no.30; Schroth U., s.76

<sup>101</sup> Aynı görüş Dönmezer, Kişilere, s.133; Karşıt görüş, Tezcan-Erdem-Önok, s.218

<sup>102</sup> Önder, s.111

<sup>103</sup> Tezcan-Erdem-Önok, s.218

<sup>104</sup> Erman-Özek, s.197

şeklinin düzenlendiği birinci fıkrasına giren hallerde beş yıldan, kastın kapsamındaki ağırlaştırıcı nedenlerin düzenlendiği üçüncü fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan az olamaz. TCK.'nun 87/(2). maddesinde yer alan ağırlaştırıcı nedenlerin birden fazlası aynı fiilde bir arada bulunsa bile failin cezası bir kez artırılır. Söz konusu netice sebebiyle ağırlaştırıcı nedenler şunlardır:

**b2.2.a. Kasten yaralama fiilinin mağdurun iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine neden olması** halinde ceza iki kat artırılır(TCK.md.87/(2),a). 765 sayılı önceki TCK.'nda bu husus "*kesin veya muhtemel surette iyileşmesi kabil olmayacak derecede akıl veya beden hastalığı*" olarak ifade edilmişti. 5237 sayılı TCK. muhtemelliği kapsam dışında bırakmış ve hastalığın iyileşmesi olanağının kesin olarak bulunmamasını aramıştır. Hastalığın beden veya akıl hastalığı olması önemli değildir.

Mağdurun bitkisel hayata girmesi kavramı ise önceki 765 sayılı TCK.'nda bulunmayan bir nedendir. Bitkisel hayata giren kişide beyin, yaşamsal işlevlerini sürdürmektedir. Böyle bir kişinin bilincinin harekete geçip yeniden yaşama dönmesi tıbbi bir olasılıktır. Beyin ölümü gerçekleşmediğinden kişi ölmüş sayılamaz. Dolayısıyla bu husus iyileşmesi olanağı bulunmayan hastalık olarak da değerlendirilemeyeceğinden Yasa'da ayrıca belirtilmiş olması yerindedir.

**b2.2.b. Kasten yaralama fiilinin mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine neden olması** halinde ceza iki kat artırılır(TCK.md.87/(2),b).

Duyulardan birinin işlevini yitirmesinden maksat, duyu organlarından birinin fizyolojik görevini yapamaz duruma gelmesidir. Yukarıda da değinildiği gibi, bir gözün veya bir kulağın işlevini yapamayacak duruma getirilmesinde de duyulardan birinin işlevinin yitirilmesi vardır. Travmaya uğrayan gözde tam görme kaybı varsa veya görme, ışık hissi, el hareketleri, parmak sayma 1/10, 2/10, 3/10 seviyelerinde ise işlev kaybı bulunmaktadır. Gözü hiç görmeyen bir kimsenin travmaya uğradıktan sonra, bu travma nedeniyle görme yeteneğini kaybettiği ileri sürülemez; bu olasılıkta travmanın göze isabet ettiği kesinleşirse, bu husus ancak suçun basit şekli içinde değerlendirilebilir.

Alman Hukukunda da görme yeteneğinin bir tek gözde yitirilmesi yeterli olup, mağdurun nesnelere gözüyle birer nesne olarak tanıyabilme yeteneğini hemen yitirmiş olması görme yeteneğinin kaybı olarak değerlendirilmekte; gözün normal görme yeteneğinin %5-10 oranına inmesi, görme yeteneğinin kaybı olarak kabul edilmektedir<sup>105</sup>. İşitme gücünün

---

<sup>105</sup> Schroth U.,s.76



kaybından anlaşılan ise heceli sesleri duyma yeteneğinin kaybıdır<sup>106</sup>. Kaybedilen yeteneğin, örneğin görme yeteneğinin bir operasyonla yeniden kazanılma olasılığına karşın, mağdur söz konusu operasyonu istemezse, fail için artık bu hüküm uygulanmaz<sup>107</sup>.

Bir organın bütününe ya da işlevinin tümünden ortadan kalkması veya ileri derecede azalması organın işlevinin yitirilmesidir. Ayrıca bu organın bütünlüğünün veya işlevinin azalması-kaybolması, genel beden gücünden %30 veya daha yukarı değerinde bir azalma veya kaybolma meydana getirmişse yine organın işlevinin yitirilmesi söz konusudur.

Yukarıda da değinildiği üzere vücudumuzda çift olarak bulunan organların her biri diğerinden ayrı bir organ olarak kabul edilir ve bunlardan yalnızca birindeki işlev kaybı ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için yeterlidir.

Alman Hukuku'nda öğretide, yasa metninde "Organ=Organ" değil de "Glieder=Parça-Üye" kelimesi kullanıldığı için, "Vücutun Parçası=Glieder des Körpers" kavramından neyin anlaşılacağı tartışmalıdır.<sup>108</sup> Nihayetinde mağdur, söz konusu vücut parçasını ya kaybetmeli ya da onu sürekli olarak artık kullanamaz hale gelmelidir. Bu ikinci husus, Alman Ceza Kanununa 1998 değişikliği ile eklenmiştir. Vücuttan parça kaybı ile anlaşılması gerekenin, Alman Anayasası'nın 103/(2).maddesine de uygun olarak, söz konusu parçanın fiziksel olarak vücuttan ayrılması olduğu eskiden tartışmalı olarak ifade edilmekteyken, yapılan değişiklik ile bu husus artık tartışmasız hale gelmiştir<sup>109</sup>. Ayrılan parçanın yerine yapay parçanın takılabilmesi suçun oluşumunu engellemez. Vücudun bir parçasının kullanılamaz hale gelmesi ise, bu parçanın, kendi işlevini sanki vücutta yokmuş gibi yerine getiremeyecek duruma gelmesidir: Bükülemeyen, tutulmuş kol, eklem, bacak, parmak gibi! Süreklilik unsuru ise kesinliği ve kronikliği gerektirmektedir.<sup>110</sup>

**b2.2.c. Kasten yaralama fiilinin konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına neden olması** halinde ceza iki kat artırılır(TCK.md.87/(2),c). Konuşma yeteneğinin kaybından maksat mağdurun anlamlı cümleler kurabilme yeteneğini tamamen ve sürekli olarak kaybetmesidir. Yukarıda da açıklandığı üzere bu kayıp, konuşma organlarından kaynaklanabileceği gibi, beynin konuşma işlevindeki

<sup>106</sup> Rengier R., s.81,no.5; Lackner-Kühl, md.226, no.2

<sup>107</sup> Lackner-Kühl, md.226, no.2; Hohmann/Sander, s.63,no.7

<sup>108</sup> Ayrıntılı bilgi için BKZ. Keskin Kızıroğlu, S, Federal Alman ve, s.36 vd.

<sup>109</sup> Lackner-Kühl, md.226, no.3

<sup>110</sup> Rengier R., s.83,no.9a; Schroth U., s.77

bozukluktan da kaynaklanabilir. Geçici kayıpta ağırlaştırıcı neden uygulanmaz. Alman Hukukunda konuşma gücünün kaybindan anlaşılan, heceli konuşabilme yeteneğinin kaybıdır<sup>111</sup>.

Çocuk yapma yeteneğinin kaybindan maksat, yaralama eylemiyle mağdurun çocuk yapabilme özelliğinin tamamen yok edilmesi ya da henüz bu özelliği tamamıyla gelişmemiş küçük yaştaki mağdura yapılan yaralama eylemiyle bu özelliğin kazanılmasına engel olunmasıdır. Kadın mağdurun tüp bebek yoluyla çocuk yapabilecek olması durumunda ağırlaştırıcı neden uygulanamaz. Çünkü kadının doğal ya da sezaryen ameliyatla çocuk yapabilme özelliği, tüp bebek yöntemiyle de olsa varlığını sürdürmektedir<sup>112</sup>. Aynı şekilde, erkeğin kasten yaralama fiili nedeniyle spermini vererek dış ortamda kadının döllenmesi suretiyle çocuk yapabilecek hale getirilmesi örneğinde de kanaatimce bu ağırlaştırıcı neden uygulanamaz<sup>113</sup>. Çünkü mağdur erkek doğal olmayan yöntemle de olsa çocuk yapabilmektedir. Ancak kasten yaralama sonucunda hem kadının tüp bebek yoluyla hem de erkeğin spermini vererek dış ortamda kadının döllenmesi yoluyla doğal olmayan yöntemlerle çocuk yapabilecek duruma getirilmiş olmaları halinde kanaatimce de organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması(TCK.md.86/(1),a) ya da yitirilmesi (TCK.md.87/(2),b) ağırlaştırıcı nedenleri söz konusu olur<sup>114</sup>.

Alman Hukukunda 1998 yılındaki 6.Ceza Hukuku reformundan önce üretme yeteneği (Zeugungsfähigkeit) olarak ifade edilen kavram, bu reformla birlikte cinsiyet ayırımına yer bırakmayan yalın bir kavramla üreme yeteneği (Fortpflanzungsfähigkeit) olarak ifade edilmektedir<sup>115</sup>. Ancak içtihadın yorum yoluyla, eskiden kullanılan "üretme yeteneği(Zeugungsfähigkeit)" kavramı içerisinde hamile kalabilme yeteneğini de görmüş olduğu ve öğretide de bunun böyle kabul edildiği belirtilmektedir<sup>116</sup>.

**b2.2.d. Kasten yaralama fiilinin mağdurun yüzünün sürekli değişikliğine neden olması** halinde ceza iki kat artırılır(TCK.md.87/(2),d). Yüzün sürekli değişikliğinden anlaşılması gereken, yüzün asıl şeklini tamamen kaybetmesidir. "Yüzde" sürekli değişiklik" denmeyip, "yüzün" sürekli değişikliği ifadesi de bu yorumu getirir. Bu nedenle mağduru

<sup>111</sup> Rengier, A.e ; Lackner-Kühl, A.e.

<sup>112</sup> Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere, s.158; Tezcan-Erdem-Önok, s.221; Karşıt görüş Erman-Özek, s.120

<sup>113</sup> Karşıt görüş, Tezcan-Erdem-Önok, s.221

<sup>114</sup> Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere, s.155

<sup>115</sup> Rengier R., s.81,no.5; Lackner-Kühl, md.226, no.2

<sup>116</sup> Schlüchter E., s.41, no.3

taniyanların onu artık tanıyabilip tanıyamayacakları hususunun önemi yoktur; önemli olan mağdurun yüzünün sürekli olarak değişikliğidir. Bu noktada örneğin bir kulak eksikliği, yüzün sürekli bir değişikliğidir.

Alman Hukukunda yaralamanın mağdurun süreklilik sergileyen esaslı biçimde çirkinleşmesine neden olması ağırlaştırıcı neden sayılmıştır. Mağdurun esaslı biçimde çirkinleşmesi ile onun içinde bulunduğu sosyal çevredeki dış estetik görünümü korunmak istenmiştir. Bu anlamda bir çirkinlik, mağdurun bütün dış görünümü estetik olmayan bir biçimde bozulmuş ise vardır<sup>117</sup>. Bu esaslı dış değişikliğin görülebilir olup olmaması kural olarak önemli değildir. Çünkü burada kişinin özel ya da genel bütün sosyal durumlarındaki dış görünümü korunmaktadır. Bu anlamda, kişinin, ailesi içindeki görünümü, eşine veya özel ya da gizli yaşam alanında birlikte olduğu kişiye karşı görünümü de madde kapsamındadır<sup>118</sup>. Dış görünümdeki bozukluk, kozmetik müdahalelerle ya da söz gelimi dış tedavisi ile giderilmiş ise artık sürekli bir değişiklik bulunmamaktadır. Burada korunan, kişinin dış görünümü olduğu için yapay elemanlarla görünümün kurtarılması göz önünde tutulmaktadır. Ancak böyle durumlarda, Alm.CK.'nun 226.maddesine göre cezalandırmayı mağdurun davranışına bağlı kılmamak için, mağdur tıbbi kozmetiğe göre olanaklı düzeltmeyi yaptırmayı istemediği takdirde süreklilik unsuru reddedilmek zorundadır. Doğal olarak bunun için maddi koşulların da hazır olması zorunludur<sup>119</sup>.

**b2.2.e. Kasten yaralama fiilinin gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olması** halinde ceza iki kat artırılır(TCK.md.87/(2),e). Failin, mağdurenin gebe olduğunu bilmesi gerekir. Bilmiyor ise suçun basit şekli söz konusu olur. Faildeki kastın çocuk düşürtme değil, yaralama kastı olması gerektiği doğaldır. Ceninin anne rahminin içinde veya dışında, fakat henüz rahimdeyken yapılan müdahale nedeniyle ölmesi durumunda da çocuğun düşmüş olacağı hususunda yukarıda TCK.'nun (87/(1), e maddesine ilişkin açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyorum.

### **b3. Kasten Yaralamanın Vücutta Kemik Kırılmasına Veya Çıkığına Neden Olması (TCK.md.87/3)**

Maddenin ilk şeklinde yalnızca kemik kırılmasından söz edilmişken bu maddede 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle "çıkık" kavramı maddeye dâhil edildiği gibi, ilk şeklinde ceza bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüşken yine bu değişiklikle cezada

<sup>117</sup> Lackner-Kühl, md.226,no.4; Rengier R., sh.83, no.10; Hohmann/Sander, sh.65,no.21

<sup>118</sup> Rengier R., sh.83,no.10

<sup>119</sup> Rengier R., s.84,no.11; Hohmann/Sander, s.65,no.22

yarısına kadar bir artırım oranı kabul edilmiştir. Yine ilk şeklinde maddede bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörülme suretiyle TCK.'nun 86.maddesinden bağımsız bir netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu yapısı yaratılmışken, 5560 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle maddeye “yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza... yarısına kadar artırılır” ibaresi eklenerek suçun basit şeklinin ve kastın kapsamındaki ağırlaştırıcı nedenlerin düzenlendiği TCK.'nun 86.maddesi ile bağı kurulmuştur.

Söz konusu maddeye göre, kasten yaralama suçunda TCK.'nun 86.maddesine göre belirlenecek ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre yarısına kadar artırılabacaktır. Her türlü kemik kırılması, basit tıbbi müdahaleyle giderilme kavramı dışındadır; önemli olan kırığın veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisidir. Buradaki hayattan kastedilenin biyolojik hayat olup, sosyal hayat olmadığı açıktır.

Kasten yaralama fiilinde TCK.'nun hem 87.maddesinin (1). fıkrasındaki, hem (2). fıkrasındaki hem de (3).fıkrasındaki ağırlaştırıcı nedenler bir arada bulunursa, faile TCK.'nun 87.maddesi daha fazla artırım öngören ağırlaştırıcı neden uygulanmak suretiyle bir kez uygulanır<sup>120</sup>.

#### **b4. Kasten Yaralamanın Ölüme Neden Olması (TCK.md. 87/(4))**

5237 sayılı TCK.'nun 87/(4). maddesine göre, kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse<sup>121</sup> TCK.'nun 86.maddesinin birinci fıkrasına giren hallerde, yani kasten yaralama suçunun basit şeklinde sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına, TCK.'nun 86.maddesinin üçüncü fıkrasına giren hallerde, yani kastın kapsamındaki ağırlaştırıcı nedenler olan fail veya mağdurun sıfatı ve taşıdığı özellik ile suçta kullanılan silahın ağırlaştırıcı neden olarak uygulandığı durumda ise on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezasına hükmedilecektir.

<sup>120</sup> Y.3.C.D. E.2009/16853, K.2012/3821, T.08.02.2012: “ Sanık Mehmet hakkında kurulan hükümde, mağdurun raporunda, kemikte kırık olduğu, bu nedenle yaşamının tehlikeye maruz kalıp ve kırığın yaşam fonksiyonlarına etkisinin 3.derecede olduğu belirtilmiştir. Mağdurun yaralanması sonucu yaşamsal tehlike ile birlikte kemikte kırık meydana gelmiş olup, bu şekilde TCK'nın 87/1-d ve 87/3. Maddesinde ayrı ayrı yaptırımlara bağlanan iki ayrı sonuçtan dolayı cezalandırılması gerektiği gözetilerek TCK'nın 86/1, 87/1-d maddelerinin uygulanması ile yetinilmesi gerekirken ayrıca TCK'nın 87/3.maddesinin de tatbiki suretiyle fazla ceza tayini,...bozmayı gerektirmiş...”(YKD. Mayıs-2012, S.5, s.1002)

<sup>121</sup> 765 sayılı TCK. bu hususu adam öldürme suçları arasında 452.maddesinde ayrıca düzenlemişti ve bu nedenle kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçundan söz edilirdi. Faildeki kast bu hükmün uygulanmasında da yaralama kastıydı. Bu nedenle söz konusu eylemin 5237 sayılı yürürlükteki TCK.'nda, olması gerektiği gibi kasten yaralama suçunda sonuç nedeniyle ağırlaşan yaralama suçu olarak düzenlenmiş olması yerindedir.

Bu düzenlemede 5237 sayılı TCK.'nun 86.maddesinin (2).fıkrasındaki durumda nasıl ceza verileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Diğer deyişle, kasten yaralamanın etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması durumunda, buna rağmen ölüm de meydana gelirse cezada artırımı gidilip gidilemeyeceği sorusu açık kalmaktadır. 5237 sayılı TCK. 31.3.2005 tarih ve 5328 sayılı Yasa ile değiştirildiğinde, TCK.'nun 88.maddesinin (1).fıkrasında yer alan basit tıbbi müdahaleye ilişkin düzenleme buradan alınıp, 86.maddeye (2).fıkra olarak eklenmiştir. Bu bağlamda da kasten yaralama eyleminden ölüm sonucunda cezayı düzenleyen 87.maddenin (4).fıkrasındaki, eski norma uygun düşen "birinci ve ikinci fıkralar" ibaresi, bu kez "birinci ve üçüncü fıkralar" şeklinde düzeltilmiştir. Yasa koyucu, artık üç fıkradan oluşan 86.maddenin, bu değişikliğe göre artık ikinci fıkrasında yer alan "basit tıbbi müdahale" durumunda ölüm sonucunun gerçekleşmesi olasılığını bilinçli olarak 87.maddenin dördüncü fıkrası dışında tutmuştur. Kanaatimce, yasa koyucu basit tıbbi müdahale ile etkisi giderilebilecek bir kasten yaralama eyleminden ölüm sonucunun doğabilme olasılığını kabul etmemiştir. Eğer bu olasılığı kabul etseydi, söz konusu maddelerde ilgili değişiklikleri yaparken 87.maddenin dördüncü fıkrasında "ikinci" ibaresini 5328 sayılı Yasa'nın 5.maddesiyle "üçüncü" olarak değiştirmezdi. Bu durumda, yasa koyucu her ne kadar söz konusu olasılığı madde kapsamına almamış olsa da, somut olayda, etkisi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif bir kasten yaralama eyleminden ölüm sonucu doğabilir. Bu olasılıkta faili, ölüm sonucu bakımından kendisine taksir derecesinde bir kusur yüklenebiliyorsa, taksirle öldürme suçundan sorumlu tutup, 5237 sayılı TCK.'nun 85.maddesine göre cezalandırmak gerekir düşüncesindeyiz. Yargıtay'ın kararlarının da bu doğrultuda olduğu, ancak Yargıtay'ın, taksirli kusurlulukta bulunması zorunlu olan öngörülebilir sonucun öngörülmemiş olması koşuluna kararlarında özen göstermediği de görülmektedir<sup>122</sup>. Yargıtay'ın dipnotta

<sup>122</sup> Y.1.C.D.,E.2007/2484,K.2007/4236,T.29.5.2007: 765 sayılı TCK.nun 452/2 maddesinde öngörülen sebeple adam öldürmek suçu 5237 sayılı TCK.nunda açıkça suç olarak düzenlenmemekle beraber, mevcut kalp rahatsızlığını bilmeyen sanığın maktulü basit derecede yaralaması sonucu meydana gelen ölüm eylemi nedeniyle 5237 sayılı Yasanın 22/2 ve 86/2.maddeleri delaletiyle 85.maddesi uyarınca taksirle öldürme suçu kapsamında kaldığı anlaşılmalı, lehe kanun değerlendirmesinin buna göre yapılmasının gerektiğinin düşünülmemesi. (Kazancı İçtihat Bankası)

Y.1.C.D.E. 2007/693, K. 2007/2059, T. 28.3.2007: Olay günü maktul ve arkadaşlarının afiş asmak istemesi nedeniyle meydana gelen tartışmada sanıkların birlikte maktulü darp ettikleri ve bunun neticesinde maktulün kendinde mevcut olan kronik kalp hastalığının akut hale geçmesinden ileri gelen nedenle öldüğü tüm dosya kapsamından anlaşılmalı sanıkların maktuldeki kalp rahatsızlığını önceden bilip bilmediği araştırılarak sonucuna göre, bildikleri tespit edildiği takdirde 5237 sayılı TCK'nun 22/3, 23 ve 86/2. maddeleri delaletiyle 85.

aktardığımız kararlarında failin, mağdurun kalp rahatsızlığını bilmemesi kendisine bir kusur olarak yüklenebilirse eğer taksirinden söz edilebilir. Aksi takdirde, mağdurun kalp rahatsızlığını bilmeyen birinin, hafif yaralama niteliğindeki hareketinden ölüm sonucunun doğabileceğini öngörmesi beklenemez.

## VI. Suçların İçtimaı

Sonucu doğuran hareket, başka bir suçun yasal unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturuyorsa, fail TCK.'nun 42.maddesi hükmü gereğince yalnızca o suçtan cezalandırılır. Kasten yaralama suçu örneğin yağma suçunda olduğu gibi başka suçlarla bileşik suç görünümünde birleşebileceği gibi bu suçlarla gerçek içtima halinde de bulunabilir<sup>123</sup>.

Zincirleme suç hükümleri, TCK.'nun 43/(3).maddesine göre kasten yaralama suçunda uygulanmaz. Bu nedenle bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı kasten yaralama suçunun birden fazla işlenmesi durumunda bir cezaya değil, suç sayısınca cezaya

---

maddesi uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan, bilmedikleri tespit edildiği takdirde 22/2, 23, 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçundan mahkûmiyetleri gerekirken... (Kazancı İçtihat Bankası)

Y.1.C.D. E.2005/2034, K.2007/1109, T.6.3.2007: Maktulün basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralandığı, maktuldeki kronik kalp damar hastalığının aktif hale gelerek ölümün gerçekleştiği olayda; sanıklar ile maktulün komşu oldukları anlaşıldığına göre sanıkların maktuldeki kalp damar rahatsızlığını önceden bilip bilmediklerinin araştırılması, bildikleri tespit edildiği takdirde bilinçli taksirle öldürme suçundan, bilmedikleri tespit edildiği takdirde, taksitle öldürme suçundan mahkûmiyeti gerekir. (Kazancı İçtihat Bankası)

Y.1.C.D..E.2006/3677,K.2006/5255,T.28.11.2006: Hükümlünün 5237 sayılı TCK.nun 86/2. maddesi kapsamında kalan basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama eylemi sonucu kronik kalp yetmezliği aktif hale gelerek ölümün gerçekleşmesi olayında, 5237 sayılı TCK.nun 87/4. maddesinde bu fıkra atıf bulunmadığı ve aynı kanunun 23. maddesi dikkate alınarak, 85. maddesi uyarınca somut uygulama yapılarak eski hükümle karşılaştırıldıktan sonra sonucuna göre hüküm kurulması gerekir. (Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>123</sup> “Yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”(TCK.md.149/(2)); “Cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.(TCK.md.102/(4).) Ayrıca: Y.C.G.K. E.2012/6-549, K.2012/1831,, T.04.12.2012: “Sanığın, mağdurun iş yerinden aldığı cep telefonu ile kesintisiz bir takip olmaksızın 250 metre kadar uzaklaşarak, suça konu telefonu hakimiyet alanına geçirdiğinden hırsızlık suçu tamamlanmıştır. Dolayısıyla, cep telefonunu sanığın arka cebinde görerek geri almak isteyen mağduru bıçakla basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralayan sanığın bu eylemi, 5237 sayılı TCK’da dolaylı yağma düzenlemesine yer verilmemiş olması nedeniyle, tamamlanmış olan hırsızlık suçunu yağmaya dönüştürmeyip, hırsızlık suçunun yanında ayrıca kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır.”(YKD.Haziran-2013, S.6, s.1260)

hükmedilecektir. Aynı şekilde tek fiille birden fazla kişiye karşı kasten yaralama suçunun işlenmiş olması durumunda da zincirleme suç hükmü uygulanamayacak, mağdur sayısınınca cezaya hükmedilecektir.

Tek fiille birden fazla kasten yaralama suçu işlenecek olduğunda TCK.'nın 44.maddesindeki fikri içtima hükmünün uygulanması olanaksızdır. Çünkü madde hükmüne göre fikri içtimanın kabulü için tek fiille birden fazla farklı suçun oluşması gerekmektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın bu konuda fikri içtima hükmünü uygulayan kararı hatalıdır<sup>124</sup>.

Mağdura karşı onu küçük düşürmek için basit bir tokat atma hareketi hem hakaret suçunu hem de kasten basit yaralama suçunu oluşturur. Bu durumda fikri içtima kuralları uygulanarak faile cezası daha ağır olan suçtan ceza verilir<sup>125</sup>.

Alman Ceza Hukuku'nda yaralamanın nitelikli hallerinin birbirleri ile ve suçun basit hali ile yasal içtima içerisinde bulunduğu kabul edilmektedir. Bundan başka, yaralamanın ağır sonucuna teşebbüs edilip de hafif sonuç gerçekleşecek olursa fikri içtimanın bulunduğu kabul edilmektedir. Yine, soyut tehlike suçu niteliğindeki kavga suçu ile kasten yaralama suçları arasında da fikri içtimanın bulunduğu belirtilmektedir. Kastem adam öldürme suçu ile kastem yaralama suçunun geçitli suç görünümünde olduğu, her adam öldürme kastının yaralama kastını da içerdiği görüşü ileri sürülmektedir. Teşebbüs derecesinde kalmış adam öldürme suçu ile tamamlanmış yaralama arasındaki ilişkide ise içtimanın uzun süre karma suç görünümü gördüğü, ancak öğretinin bunun karşısında en azından adam öldürme suçuna teşebbüs ile ağır yaralamalar arasında fikri içtimadan yana olduğu belirtilmektedir<sup>126</sup>. Nihayet içtimanın bir kararıyla bu durumda tümüyle fikri içtimanın bulunduğu, karma suçun söz konusu olamayacağı, çünkü her adam öldürmeye teşebbüste kural olarak tamamlanmış yaralamanın da bulunacağını söylemenin olanaklı olmadığı sonucuna varılmıştır<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Y.3.C.D. E.2012/17131, K.2013/15825, T.15.04.2013: “Sanığın katılanı bıçakla önce bacağından ve elinden yaralayıp, ardından kafa atıp burun kemiği kırığı oluşacak şekilde yaraladığı olayda, kemik kırığı yaralanmasının bıçaktan kaynaklanmadığının anlaşılması karşısında; öncelikle katıldakı kemik kırığı ve bıçak yaraları açısından ayrı ayrı TCK'nın 86 ve 87. maddelerine uygun şekilde rapor alınıp, sonucuna göre; TCK'nın 44.maddesi uyarınca sanığın en ağır cezayı gerektiren fiilden dolayı sorumlu tutulması gerekirken, yazılı şekilde TCK'nın 86/3.e ve 87/3.maddeleri uyarınca sanığın cezasından ayrı ayrı artırım yapılması bozmayı gerektirmiştir.”(YKD.Haziran-2013, S.6, s.1277) Bu konuda hukuka uygun uygulamanın ne olacağı hakkında aşağıda yaptırım başlığı altındaki açıklamamıza bakılmalıdır.

<sup>125</sup> Erman-Özek, Kişilere, s.128; Majno, Ceza Kanunu Şerhi, C.3, no.1652

<sup>126</sup> Rengier R., s.105,no.3-6; Hohmann/Sander, s.51,no.18

<sup>127</sup> BGH. NJW. 1999, s.69

## VII. İştirak

İştirake ilişkin genel hükümler geçerlidir<sup>128</sup>. Ancak, kişinin kendi kendini yaralaması kasten yaralama suçunu oluşturmadığından, kendini yaralayan kişiye iştirak eden de kasten yaralama suçunda cezalandırma alanının dışındadır. Meğer ki böyle bir iştirak, kişinin kendine zarar vermesindeki sorumluluk serbestisinin yokluğu nedeniyle, dolaylı faillik içerisinde başkasının yaralaması olarak ortaya çıksın<sup>129</sup>.

## VIII. Yaptırım

TCK.'nun 87/(1). maddesinde yer alan ağırlaştırıcı nedenlerin birden fazlası aynı fiilde bir arada bulunsa bile failin cezası bir kez artırılır. Fiilde hem 86/(3). maddedeki kastın kapsamı içinde bulunan ağırlaştırıcı nedenler, hem de 87.maddesindeki ağırlaştırıcı nedenler bulunursa önce 86.madde uygulanarak bulunan ceza 87.maddeye göre bir kez artırılır. Fiilde 87.madde kapsamında hem bir kat artırımı hem de iki kat artırımı gerektiren ağır yaralama bulunursa failin cezası TCK.87. maddesi bir kez uygulanarak en

<sup>128</sup> Y.1.C.D. E.2010/1434, K.2012/219, T.23.01.2012: "...sanıklar Semih ve Fatih'in, sanıklardan Fatih'in evine giderek, ona ait bıçağı sanık Semih'ini beybol sopasını ise sanık Fatih'in üzerlerine alarak hazırlıklı şekilde mağdur Burhan ile aralarında kurdukları telefon irtibatı sonucunda kararlaştırdıkları olay yerinde tekrar bir araya geldikleri, taraflar arasında yeniden çıkan tartışma sırasında sanık Fatih'in sopayla, sanık Semih'in ise, bıçakla 8 kez vücudunun çeşitli bölgelerine vurmak suretiyle mağduru yaşamsal tehlike geçirecek şekilde yaraladıkları olayda; her ne kadar yaşamsal tehlikeye neden olan yaralanmalar sanık semih tarafından meydana getirilmiş ise de, sanıkların olayın başından sonuç alınmaya kadar dayanışma ve karar birliği içinde hareket edip, birlikte hareketleriyle savunmayı imkânsız kılmaları göz önünde tutulduğunda, sanıkların öldürmeye kalkışma eylemini TCK'nın 37/1.maddesi kapsamında asli fail olarak beraberce gerçekleştirdikleri halde suç vasfında yanılıya düşerek sanık Fatih hakkında yazılı şekilde kasten yaralama suçundan hüküm kurularak eksik ceza tayini, bozmayı gerektirmiş olup..."(YKD.Mayıs-2012, S.5, s.995); Y.1.C.D. E.2011/3398, K.2012/975, T.21.02.2012: "...sanıklarla maktul arasında tartışma çıktığı, tartışma sırasında maktule saldıran sanık Hakan'ın yumrukla ve olay yerinde ele geçirdiği pet su şişesi ile maktule vurduğu, bu sırada sanık Murat'ın ani verdiği karara dayalı olarak arabasında aldığı bıçakla maktulün yanına gelip, bıçakla göğüs bölgesine vurmak suretiyle onu öldürdüğü olayda; kasten öldürme suçunda sanık Hakan'ın sanık Murat ile fikir birliği içerisinde hareket ettiğini kabule yetecek kesin deliller bulunmadığı ve sanığın ani gelişen olayda maktule yumruk ve pet su şişesi ile vurma şeklindeki eyleminin suça doğrudan katılma ya da suça yardım olarak kabul edilemeyeceği anlaşıldığından,..."(YKD. Mayıs-2012, S.5, s.997) ; Y.1.C.D. E.2012/4489, K.2013/1435, T.26.02.2013: "Diğer sanıkları azmettiren sanığın eylem için plan yapıldığı sırada, mağdurun da olay esnasında maktulün yanında olabileceğini öngörmesinin beklenemeyeceği ve suçun işlendiği yerin özellikleri de dikkate alındığında, unsurları oluşmayan olası kastla yaralama suçundan beraatinin gerektiği gözetilmelidir.(YKD.Nisan-2013, S.4, s.846)

<sup>129</sup> Schönke-Schröder, md.223,no.9-10;Hohmann/Sander,s.48,no.9; Rengier R.,s.67,no.4



ağırlığına göre belirlenir<sup>130</sup>. Yargıtay, kasten yaralama suçunda en ağır cezayı gerektiren ağırlaştırıcı nedenin varlığı ile birden fazla ağırlaştırıcı nedenin varlığı halinde suçun temel şeklindeki cezanın alt sınırdan belirlenmesini hukuka aykırı görmektedir<sup>131</sup>.

#### **X. Kasten Yaralama Suçunda Soruşturma Ve Kovuşturma**

Kasten yaralama suçu kural olarak re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Ancak kasten yaralama eyleminin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde soruşturma ve kovuşturma şikâyete bağlıdır. Fakat bu durumda dahi suç, üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da silahla işlenmişse şikâyete bağlı olmaktan çıkmaktadır.

Diğer deyişle, etkisi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralama bulunsada dahi, bu eylemde 86.maddenin (3).fıkrasındaki ağırlaştırıcı nedenler de varsa, ceza muhakemesi şikâyete bağlı olmaktan çıkmaktadır. Bu hususun TCK.'nun 86.maddesinin 3.fıkrasının 'a' bendi bakımından Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş, fakat Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılık savının reddine oyçokluğuyla karar vermiştir<sup>132</sup>. Bu savla Anayasa Mahkemesi'ne başvuran mahkemeler, basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüdeki yaralama suçlarında üçüncü kişiler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet şartı aranırken, üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı işlenen aynı nitelikteki yaralama suçunun şikâyet olmaksızın doğrudan takip edildiğini; sanığın üçüncü kişilere nazaran daha ağır şekilde cezalandırıldığını; şikâyetten vazgeçme hakkının sınırlandırılmasının aile içi şiddetin artmasına neden olduğunu, bu durumun aile birliğini bozduğunu; etkili eylemde bulunan kişilerin iki defa cezalandırılma sonucuyla karşı karşıya kaldığını; evlilik birliği dışında yaşayan çiftler arasındaki basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek yaralamaların şikâyete bağlı olması nedeniyle eşit korumanın

<sup>130</sup> Aynı görüşte Tezcan-Erdem-Önok, s.212;

<sup>131</sup> Y.1.C.D. E.2008/8219, K.2012/623, T.08.02.2012: "Mağdurun; organlarından birinin işlevini sürekli zayıflatacak, hayati tehlike geçirecek ve hayat fonksiyonlarını ağır (4) derecede etkileyecek nitelikte yaralandığı ve TCK'nın 86/1.maddesi ile yapılan uygulama sırasında, temel cezanın 1 yıl hapis cezası olarak belirlendiği olayda, en ağır cezayı gerektiren organ işlevinin sürekli zayıflaması, mağdurun yaşamsal tehlike geçirmesi nedeniyle suçta birden fazla nitelikli halin varlığı nedeniyle temel ceza üst sınıra yaklaşılarak belirlenmeli..."(YKD. Mart-2012, S.3, s.557)

<sup>132</sup> Any.Mh.Kr.: E. 2005/151, K.2008/37, T. 3.1.2008 (Resmi Gazete Tarihi:29.3.2008)

sağlanamadığını; aynı şekilde Türk Ceza Kanunu'nda cezanın miktarı, mağdurlar üzerindeki sosyal ve psikolojik etkisi ve benzer yönleriyle yaralama suçundan daha ciddi bir suç olan aile içi cinsel saldırı suçunun (m.102) takibi şikâyete bağlı olduğu halde, basit yaralama suçunun re'sen takip edildiğini belirterek, Kural'ın Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi bu normun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığını, tam aksine yasa koyucunun aile bireylerine karşı, koruyucu yönde pozitif ayrımcılık yaptığını, bunun da yasa koyucunun takdirinde bulunduğunu belirtmiştir<sup>133</sup>. Çoğunluk görüşüne katılmayan üyeler ise basit

---

<sup>133</sup> Anayasa mahkemesi'nin gerekçesine göre 'Ülkemizde de, son yıllarda aile içi şiddet olaylarının önlenmesi ve aile içi şiddet suçlarının etkin şekilde cezalandırılmaları için yapılan geniş kapsamlı yasal ve yönetsel çalışmalar kapsamında aile içi şiddetin en yaygın görünümlerinden biri olan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama olaylarında baskı yapılarak şikâyetin engellenebileceği gözetilerek yasakoyucu tarafından, itiraz konusu kuralla şikâyet aranmaksızın soruşturma ve kovuşturma esasının kabul edildiği anlaşılmaktadır.

*Yasakoyucu, suçların ağırlığı, kamu düzeni açısından önemi, özel hayatın gizliliği ve benzeri unsurları nazara alarak doğrudan takip edilmesi gereken suçlarla, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçları birbirinden ayırabilir. Yapılan bu ayırımın bazı suçları içine alması veya almaması, anayasal ilkeler çerçevesinde sosyal ihtiyaçları gözetilen yasakoyucunun takdirindedir. Buna göre, yasakoyucu aile içi şiddet suçlarının azaltılması ve aile içinde işlenen suçların da örtbas edilmemesi için, birbirlerine şefkatle davranmak konusunda en fazla yükümlülüğe sahip olan aile bireylerinin birbirlerini kasten yaralamaları halinde, sanıklar hakkında şikâyet aranmaksızın doğrudan takip ilkesinin getirilmesini öngörebilir.*

*Ceza hukuku alanında yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması, kuşkusuz, aynı suç işleyen tüm suçluların kimi özellikleri göz ardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Eşitlik ilkesi, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasanın amaçladığı eşitlik mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz.*

*Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanmasını gerektirebilir. İtiraz konusu kuralda belirtilen kişilerin, birlikte yaşamalarından kaynaklanan yükümlülükleri, onları üçüncü kişilerden ayırdığından, bunlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.*

*Öte yandan, toplumun temelini oluşturan ailede bireylerin, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin huzur ve güven ortamının sağlanmasına bağlı olduğu, bunun için de öncelikle aile içi şiddetin önlenmesi gerektiği açıktır.*

*Yasakoyucunun, itiraz konusu kuralla ceza hukuku alanında, anayasal sınırlar içinde takdir hakkını kullanarak, aile bireylerinin ve yakın akrabaların üçüncü kişilere nazaran daha ayrıcalıklı korunması yönünde bir tercih yaptığı anlaşılmaktadır. Toplumun temeli olan ailenin, fiziksel ve psikolojik açıdan sağlıklı bireylerden oluşması amacıyla yasakoyucunun itiraz konusu kuralda belirtilen aile bireylerinin birbirlerine karşı işledikleri kasten yaralama*

tıbbi müdahale ile etkisi giderilebilecek bir kasten yaralama eyleminde aile içi bireylere şikâyet hakkının tanınmamasını Anayasa'nın 2.maddesindeki adalet anlayışı ile aileyi koruyan 41.maddesiyle çelişkili bularak karşıt görüş açıklamışlardır<sup>134</sup>.

Kanaatimce bu norm Anayasa'ya aykırı düşmemektedir. Yasa koyucu Anayasa'nın 41.maddesindeki "ailenin huzurunu", aile içi şiddet olaylarını Ceza Muhakemesi Hukuku'nda şikâyet koşulu dışında tutarak korumayı tercih etmiştir. Bu, tamamen yasa koyucunun takdirindedir ve görüşümüzce de yerinde bir takdirdir. Anayasa Mahkemesi'nin azınlık görüşüne esas olan, aile içi bireylerin barışmaları durumunda aileyi korumak ve bozmamak doğrultusunda Ceza Hukuku'nda yargıcın kullanabileceği, örneğin hapis cezasının ertelenmesi veya seçenek yaptırımlar gibi başka kurumlar vardır.

---

*suçlarında şikâyet aramaması ve bu yolda düzenleme yapmasında, Anayasa'nın 41. maddesinde belirtilen ailenin korunması ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.*

*Devlet, toplumun ve ailenin temel taşı olan bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlüdür. Bu bağlamda itiraz konusu kural, Anayasa'nın 17. maddesiyle devlete yüklenen pozitif yükümlülüğün ceza hukuku alanındaki yansımalarından birisini oluşturmaktadır.*

*Açıklanan nedenlerle Kural, Anayasa'nın 2., 5., 10., 12., 17., 38. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. Haşim KILIÇ, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.*

<sup>134</sup> Azınlık görüşüne göre, "Aile içi şiddetin hoş görülmesi hukuken asla tasvip edilmemekle birlikte, bu fiillerin faillerine öngörülecek ceza ve bunun yargılama yöntemi bakımından, şikâyetin geri alınması ya da uzlaşma olanaklarından yoksun kılınma suretiyle, hiçbir zaman geri dönüşü olmayacak şekilde faillerin mahkum edilmesi halinde, bunun aile içi şiddeti önleme de olumlu katkısı olacağı düşüncesi yerinde değildir. Aile içinde baskı olmaksızın birbirini affetmenin veya bağışlamanın olmayacağı varsayılarak, bu varsayım hukuki sonuçlar yüklenmesi Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. Diğer bir deyişle, aile bireylerine ve yakın akrabalara şikâyet etme ve şikâyetten vazgeçme hakkının tanınmamasının Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde belirtilen "toplum huzuru" ve yine 2. maddesinde belirtilen "adalet anlayışı" ile bağdaştırılması mümkün değildir.

Yakın aile üyelerine karşı basitte olsa yaralama fiilini işleyen aile mensubunun cezasının yarı oranında artırılması, yasakoyucunun bu konuda öngördüğü amaca elverişli bir yaptırım mahiyetinde ise de; aynı suçu işleyen üçüncü kişilere karşı soruşturma açılmasının şikâyete bağlı tutulması, aile bireylerinin ise bundan mahrum bırakılması şeklinde beliren yasakoyucu takdirinin, ailenin huzurunu sağlama bakımından bir değerlendirmeden yoksun oluşu, bilakis bu kuralla ailenin huzurunun onarılmaz biçimde yaralanacağı gerçeği karşısında, Anayasa'nın 41. maddesine aykırı düştüğü açıktır. Gerçekten, "şikâyetten vazgeçme" imkânının tanınmaması aile içinde yargıya yansıyan durumların, tarafların barışmaları, şikâyet ve cezalandırma iradelerinin artık olmamasına karşın, aile huzurunun bozulması ve ailenin temeli olan karşılıklı sevgi ve saygıya dayalı özel alanın zedelenmesi sonucunu doğuracaktır. Bu bakımdan, iptali istenen kuralın ailece bir koruma alanı yaratmadığı gibi yaptırımın sonuçları itibarı ile diğer aile bireylerine de eza getireceği durumunun şikâyet ve Anayasa'nın 41. maddesi ile uyarlı olmadığı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 41. maddelerine aykırı düştüğü ve bu nedenle iptali gerektiği kanısında olduğumuzdan..."

Tarafların barışmaları ve şiddet uygulayan eşin gerçekten pişmanlık duyması durumunda bu kurumlar devreye sokulabilecektir. Bu husus da şiddeti uygulayan eş bakımından eylemin yinelenmemesi amacıyla ayrıca caydırıcı olabilecektir.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı tüm suçlarda olduğu gibi, kasten yaralama suçunun şikâyete bağlı hafif şekli de CMK.'nun 253/(1),a maddesi gereğince uzlaşma kapsamında olan bir suçtur<sup>135</sup>. Ancak CMK.'nun 253.maddesinde 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın TCK.'nun kasten yaralama suçunu düzenleyen 86.maddesi, ağırlaştırıcı nedenleri içeren (3).fıkrası dışında uzlaşma kapsamı içine alınmıştır. Aynı şekilde kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesini düzenleyen 88.maddesi de artık uzlaşma kapsamında bulunan suçlardandır. TCK.'nun 87.maddesinde yer alan sonuç nedeniyle ağırlaştırılmış kasten yaralama suçu ise, olması gerektiği gibi uzlaşma dışında bırakılmıştır.

---

<sup>135</sup> 5237 sayılı TCK.nun 5328 Sayılı Kanunla değişik 86. Maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ve sanığın eylemine uyan kasten yaralama eylemine uyan kasten yaralama eyleminin aynı maddenin 3.fıkrasında açıklanan hallerde işlenmesi durumu hariç olmak üzere, soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olması ve mağdurların şikayetçi olması karşısında aynı kanunun 73. Maddesiyle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 253 ve 254. Maddeleri gereğince uzlaştırma işlemi yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir.Y.2.C.D.,E.2004/4821,K.2005/14454,T.4.7.2005 (Kazancı İçtihat Bankası)  
Aynı yönde Y.2.C.D.E.2003/22929,K. 2005/16861,T. 21.7.2005 (Kazancı İçtihat Bankası);  
Y.2.C.D.E. 2004/8190,K. 2005/20502,T. 5.10.2005 (Kazancı İçtihat Bankası)